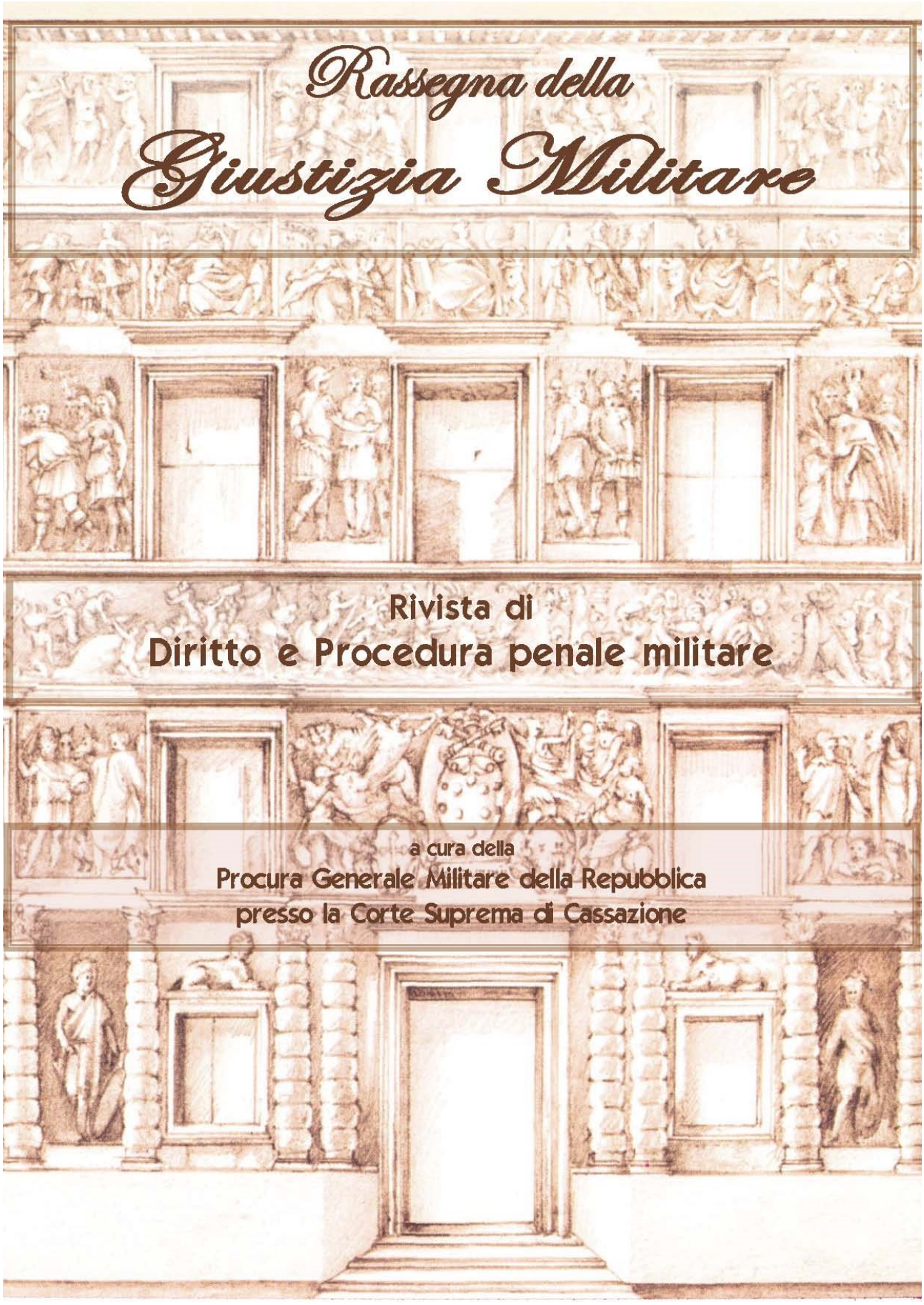
Rassegna della Giustizia Militare



Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Giulio BARTOLINI, Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia, IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Carlotta LATINI, Saverio LAURETTA, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio, RIONDATO, Francesco SALERNO, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio, SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** *** *** ***

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787
Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975
Periodicità: bimestrale (on-line)
Proprietario ed Editore: Ministero della Difesa
Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma
ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx
Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Recapiti telefonici: 06.47355026 - 06.47355011

INDICE DEL NUMERO 1 / 2020

Audizione del Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, Maurizio Block, presso l'Ufficio di Presidenza della 4a Commissione (Difesa) del Senato, in relazione all'esame del disegno di legge delega al Governo per la semplificazione e la razionalizzazione della normativa in materia di ordinamento militare (DDL S. 1152 – XVIII Leg.), Roma, 4 febbraio 2020.
di *Maurizio Block* p. 1

Il pignoramento presso terzi, la riforma e la P.A. quale *debitor debitoris*.
di *Silvio Mattia Bongiovanni* p. 8

L'Occidente e la crisi della democrazia. L'etica dell'ospitalità per un cammino verso la fraternità universale.
di *Giuseppe Buffon* p. 18

Le condotte di evasione fiscale tra misure di prevenzione e pericolosità qualificata.
di *Stefania Buglioni* p. 31

Natural resource conflicts and International Humanitarian Law tools to preserve man and nature.
di *Sebastiano La Piscopìa* p. 49

***Militum delicta*. Un prontuario di diritto penale militare romano: esegesi e sinossi dei *Fragmenta* di Arrio Menandro.**
di *Andrea Lattocco* p. 52

When the international security debate triggers a provoking question: is suspending and expelling members of NATO feasible despite the silent Constituent Treaty?
di *Jean Paul Pierini* p. 64

Le condotte vessatorie sul lavoro: la fattispecie militare.
di *Saverio Setti* p. 80

Audizione del Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, Maurizio Block, presso l'Ufficio di Presidenza della 4a Commissione (Difesa) del Senato, in relazione all'esame del disegno di legge delega al Governo per la semplificazione e la razionalizzazione della normativa in materia di ordinamento militare (DDL S. 1152 – XVIII Leg.), in Roma, 4 febbraio 2020.

di *Maurizio Block*[1]

Signora Presidente,

desidero in primo luogo porgere il saluto, mio personale e della magistratura militare che oggi rappresento, a lei, Presidente della Commissione Difesa del Senato, ed a tutti i Senatori presenti, nonché ringraziarli per aver voluto disporre la mia audizione su un disegno di legge di grande importanza per il mondo militare e quindi per l'apparato dello Stato.

Il disegno di legge ha un ampio spettro di intervento su questioni di grande interesse per il mondo militare. Per quanto attiene la mia audizione, limiterò l'attenzione ad un aspetto di mia specifica competenza ed interesse professionale che è quello riguardante i rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale in ambito militare nell'ottica dell'emendamento proposto, diretto a rendere il procedimento disciplinare sempre facoltativo in pendenza di procedimento penale.

Voglio in primo luogo ricordare che tale problematica in generale non riguarda solo il comparto militare ma investe in linea generale anche gli ordinamenti del personale civile e ordinamenti speciali delle varie professioni, trovando in ognuno di essi soluzioni a volte diverse in relazione alla differente valutazione della questione si effettui.

La rilevanza di determinate condotte illecite contemporaneamente sotto il profilo disciplinare e sotto quello penale può infatti suggerire diverse soluzioni circa l'opportunità di procedere prima per una via e poi una per l'altra (binario unico) o mantenere indipendenti i due binari procedendo contemporaneamente ed indipendentemente per l'una e l'altra strada (doppio binario), penale e disciplinare. Esistono poi soluzioni intermedie e temperate in base alle quali vengono stabilite deroghe alle regole generali fissate.

La soluzione della indipendenza dell'azione disciplinare da quella penale – e quindi del cosiddetto doppio binario – riflette evidentemente la necessità di rispettare le competenze della magistratura e dell'autorità amministrativa secondo i principi generali della separazione dei poteri; inoltre permette di addivenire a soluzioni più rapide da un punto di vista disciplinare, consentendo all'amministrazione di concludere l'accertamento disciplinare in tempi più rapidi di quelli conseguenti al processo penale che può articolarsi anche in tre gradi di giudizio con conseguente dilatazione dei tempi, e quindi in definitiva di difendersi al suo interno a soggetti che, a prescindere da quello che sarà il giudizio espresso in sede penale con riferimento alla intera collettività, hanno commesso un illecito lesivo di un interesse militare nell'ambito dell'amministrazione militare, che richiede una pronta reazione.

Va ricordato che è ormai acquisito il principio in base al quale un determinato comportamento può avere una doppia rilevanza sia sotto il profilo penale che su quello disciplinare anche se con riferimento a questa problematica si è aperta una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha imposto delle ulteriori riflessioni con riferimento al principio del *ne bis in idem*. Ma su questo mi soffermerò in seguito.

Se quindi come detto ricorrono valide ragioni per stabilirsi il principio del doppio binario, non può però poi negarsi che l'accertamento dei fatti posti a base delle due sanzioni, penale e disciplinare, debba comunque fondarsi su un dato oggettivo coincidente, cioè sulla medesima ricostruzione del fatto, della sua illegalità e dell'affermazione che il soggetto lo ha commesso.

Infatti, sarebbe contrario ad ogni regola logica e di giustizia sostanziale che l'autorità amministrativa effettuasse una ricostruzione del fatto e quindi escludesse o affermasse la responsabilità dell'incolpato in modo indipendente e poi successivamente l'autorità giudiziaria arrivasse a conclusioni diverse o addirittura opposte.

[1] Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

Si creerebbe una situazione di conflitto di accertamenti che implicherebbe poi dei contenziosi finalizzati a dirimere i contrasti per stabilire la sussistenza di un'unica tesi e di un unico accertamento dei fatti su cui poi innestare il problema delle sanzioni penali o disciplinari. Per fare un esempio pratico, il soggetto che riporti una sanzione disciplinare mentre è in piedi un processo penale che deve ancora concludersi, certamente impugnerebbe davanti all'autorità giudiziaria amministrativa il provvedimento in attesa dell'accertamento penale del fatto. Ciò comporterebbe un dispendio di energie processuali e finanziarie con svantaggio del sistema e del soggetto, costretto a difendersi su più fronti.

Con riferimento ad altre categorie, ad esempio in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, è stato stabilito (decreto legislativo 109/2006) che, pur dovendo l'azione disciplinare essere promossa in pendenza di un procedimento penale, tuttavia bisogna disporre la sospensione del giudizio disciplinare, pendente un giudizio dinanzi al giudice, in quanto il giudizio civile e l'azione penale hanno autorità di cosa giudicata quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso. Con tale disposizione, se da un lato, si è voluto rispettare il principio di separatezza dei poteri amministrativo e giudiziario, stabilendo l'obbligo di procedere da subito in via disciplinare, d'altro canto, ci si è resi conto della necessità di pervenire ad un giudizio, disciplinare e penale, che si fondi sull'accertamento di un fatto conclamato e valevole in entrambe le sedi e tale è stato ritenuto quello conseguente all'accertamento effettuato in via giudiziaria, in quanto tale accertamento è realizzato con le piene garanzie del contraddittorio e secondo le regole del giusto processo (art.111 Cost).

Per entrare, come si suol dire, *in subiecta materia*, cioè nell'ambito strettamente militare che è quello oggetto della presente audizione, quanto è stato detto in premessa ben si attaglia e trova una piena rispondenza e aderenza alle esigenze del consorzio militare, in quanto anche in tale contesto si impone, da un lato, la necessità di avere una risposta pronta dal punto di vista interno e disciplinare che consenta l'accertamento in tempi rapidi di fatti rilevanti disciplinarmente senza attendere i tempi lunghi del processo penale, dall'altro, la necessità di evitare contrasti tra la ricostruzione effettuata dall'autorità amministrativa e quella giudiziaria.

Facendo il punto della situazione normativa attuale, ricordo che a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 26 aprile 2016, n. 91 (recante "Disposizioni integrative e correttive ai decreti legislativi 28 gennaio 2014, n. 7 e 8, adottate ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 244"), l'art. 1393 d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), concernente i rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, è stato nuovamente riformulato.

In particolare l'art. 4, comma 1, lett. t), del d. lgs. 26 aprile 2016 n. 91 ha sostituito interamente l'art. 1393, che nel testo tuttora in vigore dispone quanto segue:

"*1. Il procedimento disciplinare che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è avviato, proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni disciplinari di maggiore gravità, punibili con la consegna di rigore di cui all'articolo 1362 o con le sanzioni disciplinari di stato di cui all'articolo 1357, l'autorità competente, solo nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al militare ovvero qualora, all'esito di accertamenti preliminari, non disponga di elementi conoscitivi sufficienti ai fini della valutazione disciplinare, promuove il procedimento disciplinare al termine di quello penale. Il procedimento disciplinare non è comunque promosso e se già iniziato è sospeso fino alla data in cui l'Amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza o del decreto penale irrevocabili, che concludono il procedimento penale, ovvero del provvedimento di archiviazione, nel caso in cui riguardi atti e comportamenti del militare nello svolgimento delle proprie funzioni, in adempimento di obblighi e doveri di servizio. Rimane salva la possibilità di adottare la sospensione precauzionale dall'impiego di cui all'articolo 916, in caso di sospensione o mancato avvio del procedimento disciplinare;*

2. Se il procedimento disciplinare, non sospeso, si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento penale è definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il militare non lo ha commesso, l'autorità competente, ad istanza di parte, da proporsi entro il termine

di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del procedimento penale;
3. Se il procedimento disciplinare si conclude senza l'irrogazione di sanzioni e il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per valutare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare può comportare la sanzione di stato della perdita del grado per rimozione, ovvero la cessazione dalla ferma o dalla rafferma, mentre è stata irrogata una diversa sanzione;
4. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, 2 e 3 il procedimento disciplinare è, rispettivamente, avviato o riaperto entro novanta giorni dalla data in cui l'Amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura ed è concluso entro duecentosettanta giorni dall'avvio o dalla riapertura. La riapertura avviene mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità competente e il procedimento prosegue secondo le ordinarie modalità previste.".

Il nuovo testo, dunque, dopo avere ribadito la regola precedentemente stabilita con la legge 7 agosto 2015, n. 214, secondo cui "*Il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è avviato, proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale*", ha, poi, recepito il contenuto dell'art. 55-*ter* d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 per esteso e non *per relationem*, come era, invece, nella precedente formulazione, introducendo peraltro, rispetto alla disciplina in esso prevista, significative novità.

Come è noto, l'art. 55 *ter* non esclude che l'ufficio competente possa disporre la sospensione del procedimento disciplinare, nel caso di "*particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente*" ovvero di assenza di "*elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione*", ma circoscrive l'ambito di tale potere alle sole infrazioni definite "*di maggiore gravità*", facendo salva, in ogni caso, la "*possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente*".

Va sottolineato che il legislatore del 2016 ha, invece, ampliato il novero delle eccezioni alla regola sopra richiamata.

In particolare, l'art. 1393 vigente prevede - ferma restando "*la possibilità' di adottare la sospensione precauzionale dall'impiego di cui all'articolo 916, in caso di sospensione o mancato avvio del procedimento disciplinare*" – che:

"*per le infrazioni disciplinari di maggiore gravità, punibili con la consegna di rigore di cui all'articolo 1362 o con le sanzioni disciplinari di stato di cui all'articolo 1357, l'autorità competente, solo nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al militare ovvero qualora, all'esito di accertamenti preliminari, non disponga di elementi conoscitivi sufficienti ai fini della valutazione disciplinare, promuove il procedimento disciplinare al termine di quello penale*";

"*nel caso in cui riguardi atti e comportamenti del militare nello svolgimento delle proprie funzioni, in adempimento di obblighi e doveri di servizio*", il procedimento disciplinare *"non è comunque promosso e se già iniziato è sospeso fino alla data in cui l'Amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza o del decreto penale irrevocabili, che concludono il procedimento penale, ovvero del provvedimento di archiviazione"*.

Appare evidente che la nuova disposizione introdotta dal legislatore del 2016 ha consentito di fare chiarezza in ordine ad alcune delle difficoltà applicative che la disciplina antecedente aveva comportato, recependo, inoltre, l'interpretazione data dalle circolari ministeriali che seguirono il primo intervento normativo attuato con la legge 7 agosto 2015, n. 124.

L'ambito di operatività della regola enunciata nel primo comma della norma in esame che prevede il sistema del doppio binario è stato così ridimensionato notevolmente.

Oltre alla eccezione prevista per le infrazioni disciplinari di maggiore gravità, punibili con la consegna di rigore o con le sanzioni disciplinari di stato di cui all'art. 1357, nei casi di particolare complessità dell'accertamento o dell'assenza di elementi conoscitivi sufficienti - coincidente con

quella prevista dall'art.55 -*ter* d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 per i dipendenti civili - è stata introdotta l'ulteriore eccezione sub *b*, che, nella sostanza, ripristina di fatto la pregiudiziale penale quale regola generale, essendo statisticamente gli illeciti correlati allo svolgimento dell'attività di servizio ("*atti o comportamenti del militare nello svolgimento di proprie funzioni, in adempimento di obblighi e doveri di servizio*") quelli più numerosi e che, dunque, impediranno nella gran parte dei casi l'esercizio dell'azione disciplinare o ne determineranno la sospensione sino al giudicato penale o alla archiviazione.

Il superamento della pregiudiziale penale, conseguente all'estensione nel 2015 al personale delle Forze armate della disciplina, ormai da anni vigente, per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, è stato, in tal modo, circoscritto ai soli illeciti dei militari non commessi nell'esercizio delle funzioni e nell'adempimento di obblighi o doveri di servizio, che siano di facile accertamento istruttorio.

Da quanto sopra, si evince che il legislatore ha, oggi, *de iure condito* previsto il sistema del cosiddetto doppio binario estremamente temperato, nel senso che il principio generale enunciato della indipendenza del procedimento disciplinare rispetto a quello penale risulta estremamente affievolito in virtù della situazioni di eccezione previste.

Con l'emendamento cui si riferisce la presente audizione, il Governo si dichiara favorevole ad integrare il disegno di legge 1152, con un ulteriore principio delega "*che consenta di rimodulare la materia della disciplina con particolare riguardo ai profili afferenti ai rapporti tra procedimento penale e disciplinare"... affievolendo l'attuale (implicita) esclusione della cosiddetta "pregiudiziale penale" e prevedendo che l'amministrazione abbia la facoltà e non l'obbligo di avviare e concludere il procedimento disciplinare e che, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto contestato al militare possa sospendere il procedimento disciplinare avviato che possa promuovere o riattivare (ove sospeso) il processo quando venga in possesso di nuovi elementi sufficienti per concludere il procedimento"*.

Si vuole prevedere pertanto di eliminare il principio secondo cui l'azione disciplinare da parte dell'amministrazione sia, come attualmente previsto in linea di principio dall'articolo 1393 comma uno, sempre obbligatoria ogni qualvolta per un identico fatto proceda anche l'autorità giudiziaria, e si vuole lasciare, nell'ottica appunto dell'emendamento, l'amministrazione sempre libera di decidere se procedere mentre pende il procedimento penale o a conclusione dello stesso, venendo meno perciò tale obbligo e stabilendo che il procedimento disciplinare riprenda nei termini stabiliti per l'esame del giudicato penale.

Conseguentemente l'articolato attuale dell'articolo 1393, primo comma, dovrebbe suonare come segue: "il procedimento disciplinare che abbia ad oggetto in tutto in parte fatti relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, può (*e non deve*!) essere avviato, proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale", introducendosi per tal modo una mera *facoltà* e non più un obbligo".

Va rilevato che, poiché per effetto del citato emendamento l'azione disciplinare diverrebbe facoltativa in pendenza di un procedimento penale, conseguentemente divengono inutili ed incongruenti le deroghe previste dall'attuale formulazione dell'articolo 1393 in quanto non è opportuno stabilire che l'autorità competente possa derogare all'obbligo di procedere in presenza delle circostanze indicate nella seconda parte del primo comma dell'articolo 1393, comma uno, in quanto, come stato rilevato anche dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi nell'Adunanza di sezione del 24 ottobre 2019 e 17 novembre 2019, non si comprende chiaramente la ragione per cui l'autorità amministrativa dovrebbe sospendere il procedimento disciplinare se non ha l'obbligo di iniziarlo.

Nell'emendamento è altresì previsto che fermo restando, come detto, che il procedimento disciplinare diviene discrezionale in presenza di procedimento penale, tuttavia si possa promuovere o riattivare ove sospeso quando l'autorità amministrativa venga in possesso di elementi nuovi sufficienti per concludere il procedimento. È dato comprendere che questi nuovi elementi potrebbero essere anche qualcosa che non è desumibile dalla sentenza passata in giudicato ma da fattori ricavabili *aliunde*.

Ritengo che l'emendamento proposto contenga un'affermazione di principio che merita considerazione, nella parte in cui conclama la regola della discrezionalità dell'azione disciplinare in pendenza di un procedimento penale. Ciò posto, devo però anche rilevare che un mutamento della disciplina in tal senso comporterebbe scarsi effetti pratici, in quanto già l'attuale formulazione del più volte citato art. 1393, a seguito delle modifiche introdotte nel 2016, consente di fatto l'esercizio di una discrezionalità nei termini sopra evidenziati.

La soluzione proposta dall'emendamento in questione ha il pregio di rendere chiaro e inoppugnabile il principio della facoltatività dell'esercizio dell'azione disciplinare in pendenza di processo penale, lasciando maggiore libertà alla amministrazione nella valutazione della scelta se iniziare il procedimento disciplinare o sospenderlo, qualora già avviato, in presenza della pendenza del procedimento penale e quindi di consentire di adattare, forse, con maggiore larghezza rispetto alla disciplina attuale, l'operato dell'amministrazione alla molteplicità delle situazioni concrete che possono verificarsi, evitando di intraprendere o continuare un procedimento amministrativo qualora in considerazione del segreto delle indagini in corso non sia consentito avere elementi di prova in possesso dell'autorità giudiziaria e si rischi pertanto di concludere affrettatamente il procedimento disciplinare con possibile contrasto con il giudicato penale.

Sotto tale aspetto perciò ritengo che l'emendamento proposto abbia il pregio di rispondere ad un'esigenza di rilievo, effettivamente sentita, di consentire all'amministrazione militare una valutazione più libera nella determinazione se iniziare o sospendere il procedimento svincolandola dell'obbligo di tenere conto degli elementi indicati nel secondo e nel terzo periodo del comma 1 dell'articolo 1393.

Se ciò è vero, sia consentito però aggiungere che, nell'ottica dell'emendamento proposto, l'amministrazione - nell'esercitare la facoltà di non iniziare il procedimento disciplinare o qualora iniziato di sospenderlo - dovrebbe comunque motivare circa le ragioni che la inducono a sospendere o non sospendere il procedimento disciplinare in pendenza di un procedimento penale in un'ottica di trasparenza e di buona amministrazione (art.97Cost.) che possa anche essere oggetto di sindacato e controllo.

Occorrerebbe pertanto, a mio parere, che venisse stabilito con esattezza, anche a mezzo di normativa subprimaria, quali siano i criteri a cui l'amministrazione deve attenersi nella esercizio di tale discrezionalità. Tali criteri ovviamente devono essere correlati alla necessità di valutazione degli elementi acquisiti nel corso dell'indagine penale ed alla conseguente complessità della vicenda, nonché di evitare contrasti di giudicati per la cui risoluzione sarebbe necessario attivare un ulteriore iter procedimentale con conseguenti disagi.

Tuttavia la necessità che la discrezionalità dell'amministrazione si attenga a criteri ben precisi, in qualche modo ci riporta a quanto già avviene in base all'attuale formulazione dall'articolo 1393, secondo periodo del comma 1, vale a dire: "la particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al militare all'esito degli accertamenti preliminari" ovvero la mancanza "di elementi conoscitivi sufficienti ai fini della valutazione".

Ma, una volta riconosciuta la rilevanza per la problematica in esame degli elementi menzionati nell'attuale formulazione dell'art. 1393, in effetti si finisce soltanto con l'invertire il principio della facoltatività che si auspica con l'emendamento, con quello, attuale, della obbligatorietà , ma tale inversione non raggiunge però un effetto sostanziale, in quanto sia secondo l'emendamento in discussione, sia secondo l' attuale normativa (articolo 1393) risulta pur sempre necessario ancorare l'attività dell'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità a elementi ben precisi.

Per cui in conclusione, pur apprezzandosi lo spirito dell'emendamento che tende a dare risalto al principio che deve considerarsi giusto della non obbligatorietà dell'azione disciplinare in pendenza di processo penale, deve altresì rilevarsi che, essendo necessario che tale facoltà sia ancorata a precisi elementi, l'eventuale modifica legislativa proposta non apporterebbe sensibili effetti rispetto alla situazione normativa attuale che già prevede tali elementi e, letta in *controluce,* già sostanzialmente adotta il principio della non obbligatorietà.

Diversa sarebbe l'ipotesi invece in cui si stabilisse l'obbligatorietà della pregiudiziale penale e quindi l'obbligo di sospendere il procedimento disciplinare da parte dell'amministrazione ogni

qualvolta penda il giudizio penale e di riattivarlo entro un periodo di tempo limitato dal momento del giudicato penale.

Si tratta di un'ipotesi previgente e consapevolmente superata dalla normativa attuale, probabilmente in considerazione dei disagi per l'amministrazione di natura pratica collegati alla necessità di dover seguire continuamente l'iter dei vari procedimenti penali al fine di non incorrere nella decadenza dell'azione disciplinare.

La necessità di intervenire tempestivamente per finalità di prevenzione potrebbe risolversi per i casi che comportano sanzioni di stato con la sospensione cautelare onde evitare che un soggetto fortemente sospettato di aver commesso una grave violazione ancorché non accertata nel procedimento disciplinare possa continuare ad operare nel contesto militare.

Vero è però che, pur non potendosi sottacere gli inconvenienti pratici per le amministrazioni procedenti, connessi ad una eventuale scelta della pregiudiziale penale obbligatoria al procedimento disciplinare, non può non rilevarsi come questa sarebbe la strada più efficace per evitare contrasti tra ciò che ha accertato l'autorità amministrativa e quella penale. Inoltre la soluzione della pregiudiziale penale *tout court*, con esclusione di qualsiasi discrezionalità per l'amministrazione, esonererebbe dall'obbligo di stabilire normativamente una serie di eccezioni al principio di facoltatività.

A conclusione del mio intervento ed a completamento di quanto detto, ritengo opportuno ricordare una questione all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo che in qualche modo si ricollega alla problematica che abbiamo esaminato: la Corte EDU si è occupata della esatta interpretazione del principio del *ne bis in idem*, il quale non necessariamente può ricorrere solo tray giudicati penali ma può anche riguardare quanto accertato dal giudice penale e quanto accertato in via amministrativa nell'ipotesi in cui si tratti di diversi procedimenti avviati davanti a diverse autorità per il medesimo fatto e sussista una *sufficiently close connection in substance and in time* ed una grave afflittività della sanzione amministrativa, che non esplichi gli effetti solo all'interno di uno specifico contesto ma piuttosto, al pari della sanzione penale, in un ambito più ampio.

La Corte di Strasburgo (si veda, in particolare, Corte EDU sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia) ha affermato che, ai fini del riconoscimento del divieto di bis in idem contemplato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è necessario che si sia in presenza di un medesimo fatto storico e di sanzioni sostanzialmente entrambe penali, indipendentemente dalla diversa natura formalmente attribuita ad una di esse in quanto afflittive, non escludendosi, in linea di principio, lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché sussista tra loro una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" e sempre che le risposte sanzionatorie siano "il prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria" (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia).

La Corte ha ritenuto che non possano rientrare nel novero delle misure sostanzialmente penali la sanzione disciplinare della consegna che, incidendo solo sul diritto del militare alla libera uscita, si presenta priva di quell'elevato carattere afflittivo ritenuto imprescindibile ai fini dell'applicazione del divieto di cumulo di interventi sanzionatori sancito dall'articolo 4 del protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Inoltre la Corte ha posto in rilievo che diverse sono le finalità della sanzione penale e di quella disciplinare in quanto la prima ha una funzione generalpreventiva (diffusione dalla commissione di identiche condotte da parte di altri soggetti) e specialpreventiva (specifica rieducazione del condannato, mentre la seconda svolgerebbe la più ristretta funzione di garantire ripristinare l'ordine interno violato.

Indubbiamente la giurisprudenza della CEDU ha, nel corso degli successivi interventi, portato ad un ridimensionamento della rilevanza del principio della divieto di *bis in idem* con riferimento ai rapporti tra sanzione penale e disciplinare, rispetto al quale ha stabilito limiti stringenti.

Tuttavia è evidente che tale problematica è di attualità ed impone pertanto la necessità di un'attenta riflessione che tenga conto anche degli effetti, ai fini del divieto di *bis in idem,* dell'irrogazione della sanzione penale o disciplinare per fatti che abbiano la medesima oggettività.

Un coordinamento tra l'azione disciplinare e l'azione penale per evitare di incorrere nelle problematiche indicate dalla Corte sovrannazionale appare pertanto particolarmente auspicabile ed è indubbio che il giudicato penale costituisca un dato preminente dal quale non può prescindersi nell'esercizio della potestà disciplinare.

Pertanto, mi pare più che corretta l'impostazione che, vuoi l'attuale formulazione dell'art 1393, vuoi l'emendamento in discussione, in modo più incisivo, propongono, di dare rilievo centrale al giudicato penale per l'accertamento del fatto anche ai fini disciplinari, in quanto le implicazioni derivanti dal contemporaneo esercizio del potere disciplinare e penale per il medesimo fatto comportano interferenze, nell'evoluzione del diritto, con principi di carattere generale e impongono pertanto di stabilire un corretto equilibrio nella dosimetria tra poteri dell'autorità amministrativa e dell'autorità giudiziaria.

Ringrazio per l'attenzione.

Maurizio Block

Il pignoramento presso terzi, la riforma e la P.A. quale *debitor debitoris*[1].

Foreclosure by third parties, reform and Public Administration as debitor debitoris.

di *Silvio Mattia Bongiovanni*[2]

Abstract: il pignoramento presso terzi è un istituto dell'Ordinamento Italiano regolato dal Codice di Procedura Civile all'art. 543 e che, sempre più frequentemente, è conosciuto dagli operatori nel campo della Pubblica Amministrazione per via del frequente utilizzo dello stesso da parte dei privati mossi sia dalla sicura solvibilità della P.A. sia dalle recenti innovazioni che ne hanno aumentato la forza. In particolare, con le modifiche apportate con la l. 228/2012 e dalla l. 162/2014, il legislatore ha voluto conferire un particolare disvalore all'inerzia mostrata dal debitore terzo prevedendo che, qualora questi non renda la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., l'ammontare e i termini del credito pignorato si considerino non contestati. Questo fenomeno colpisce in particolare la P.A. che talvolta, per via della complessità delle strutture organiche e delle competenze, non riesce a dare immediata risposta agli atti di pignoramento e rischia di andare incontro al consolidamento di un debito del quale potrebbe non essere titolare - in tutto o in parte - o, addirittura, sottoposto a regime di impignorabilità. L'obiettivo che si propone questo scritto è, pertanto, quello di ripercorrere, alla luce delle riforme legislative e degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, l'ontologia dell'istituto, la sua evoluzione nel tempo e le sue contraddizioni, nell'intento di chiarire il comportamento che gli operatori pubblici - e non solo - devono tenere al fine di evitare di incorrere in negligenze che potrebbero anche avere risvolti negativi e ingenerare responsabilità personali.

Abstract: *The foreclosure to third parties (pignoramento presso terzi) is an institution of the Italian Judicial System regulated by the article 543 of the Code of Civil Procedure. This institution is more and more frequently acknowledged by professionals of Public Administration due to its recurring use from privates. These latters resort to implementing the foreclosure to third parties because of both the Public Administration's certain solvency and the related latest innovations that have strengthened its validity. Through the changes introduced by the Law 228/2012 and Law 162/2014, notably, the legislator has lended a particular disvalue to the passiveness of the third party debtors. These laws implies that in case these latters do not hand in the declaration referred to the article 547 (Code of Civil Procedure), the amount and the terms of the impounded credit will be considered as uncontested. This dynamic particularly affects the Public Administration. Due to the complexity of the organic structure, indeed, the Public Administration sometimes fails to promptly respond to the foreclosure deeds. As a consequence, it risks to become responsible for debts of which it may not be the actual title holder, in whole or in part or even to be subjected to the immunity from seizure. In light of the above, the aim of this article is to explain the ontology of the mentioned institution, its evolution over time and its contradictions in view of the most recent law reforms and jurisprudential leanings. The analysis will therefore try to clarify how public operators should behave in order to avoid possible negligences that could determine personal responsibilities.*

1. Premessa: l'istituto e la sua storia. 2. La dichiarazione ex art 547 c.p.c.. 3. Ontologia della figura del *debitor debitoris*. 4. Il pignoramento presso terzi e la Pubblica Amministrazione. 5. Conclusioni.

[11] L'autore ringrazia il Capo Redattore Dott. Sebastiano LA PISCOPIA per la fiducia concessa.

[2] Tenente del Corpo di Commissariato dell'Esercito, Avvocato, in servizio presso la Direzione di Intendenza dello Stato Maggiore dell'Esercito, ove si occupa di analisi e contenzioso in materia di contratti pubblici.

1. Premessa: l'istituto e la sua storia.

Prendendo atto del fatto che non sempre può essere facile per un creditore ottenere diretto ristoro dal proprio debitore (debitore principale), da tempi risalenti si è prevista la possibilità che il creditore rivolga la propria pretesa nei confronti di un terzo che, a sua volta, sia debitore del debitore principale (*debitor debitoris*). Infatti, partendo dal presupposto che per quest'ultimo sia generalmente indifferente eseguire la prestazione dovuta ad uno od ad altro soggetto, tale istituto rende possibile sia soddisfare la pretesa del creditore sia liberare il terzo debitore dalle proprie obbligazioni. Ciò che, però, determina difficoltà applicative nel procedimento in parola sono le modalità con le quali eseguire le suddette operazioni. In particolare risulta ostico stabilire in modo esatto quale prestazione sia dovuta dal terzo debitore, stabilire le modalità con le quali validamente il creditore possa pretendere l'esecuzione di una prestazione da un soggetto "estraneo" per definizione, stabilire la posizione processuale che il *debitor debitoris* andrebbe ad assumere nel procedimento di esecuzione in cui, fondamentalmente, è alieno rispetto al rapporto obbligatorio trattato.

Il diritto romano stabiliva che si sarebbe potuto procedere al pignoramento dei crediti solo quando non vi fossero altri beni del debitore e solo se il terzo avesse confessato e quantificato il proprio debito. In altri ordinamenti, invece, dando un maggiore peso alla tutela del credito, è stato permesso procedere avverso i terzi senza una preliminare autorizzazione di un giudice e/o una dichiarazione del terzo che ammettesse la effettiva presenza del debito[3].

Nel nostro ordinamento, il Codice di Procedura Civile disciplina questa fattispecie con l'art. 543 rubricato "dell'espropriazione presso terzi" che, al suo interno, distingue due tipologie di espropriazione: pignoramento di crediti e pignoramento di beni. Tale distinzione non è di poco momento e non priva di conseguenze pratiche: il procedimento esecutivo per i crediti è più lineare e celere, in materia di beni, invece, generalmente si deve fare riferimento alle norme relative all'espropriazione mobiliare diretta[4]. In effetti le due figure risultano accomunate dal medesimo principio ispiratore residente nella presenza di un terzo che abbia diretta disponibilità di qualcosa che spetta al debitore principale ma, sotto moltissimi altri aspetti, si distinguono profondamente e, infatti, è stata criticata la scelta del legislatore di trattare unitamente le due casistiche[5]. Sicuramente, delle due ipotesi, quella che ha un maggiore utilizzo pratico è la prima. Infatti il pignoramento di crediti presso terzi è considerabile la modalità più utilizzata e celere di espropriazione forzata cui, infatti, il creditore ricorre con frequenza quando abbia conoscenza della presenza di crediti dell'esecutato[6]. Invece, il pignoramento di beni mobili, oltre a determinare tutte le problematiche relative al procedimento di cui all'art. 513 c.p.c., ha evidenziato contrasti anche nella definizione del concetto stesso di "disponibilità"[7] della cosa non essendo chiaro se intenderla in senso tecnico di "possesso" o, al contrario, in senso atecnico alludendo anche a un semplice rapporto del terzo con la cosa.

Dal canto proprio il pignoramento di crediti, specialmente prima della riforma intervenuta nel 2005, ha interessato e diviso la dottrina in merito a diverse questioni ermeneutiche. Ad esempio, in materia di quantificazione delle somme pignorate, ci si era chiesti quale dovesse intendersi la somma effettivamente pignorata al terzo e, in particolare, se, in seguito all'avvio del procedimento, il *debitor debitoris* si ritrovasse pignorata solo la somma dovuta dall'esecutato al creditore procedente o se, invece, fosse da intendersi pignorata l'intera somma dovuta dal terzo all'esecutato anche se non oggetto diretto dell'esecuzione. La Giurisprudenza pre-riforma aveva ritenuto che a essere pignorata fosse l'intera somma in quanto, in caso contrario, sarebbe stato soddisfatto solo il creditore pignorante e non anche altri creditori intervenuti[8]. La dottrina criticava aspramente questa interpretazione paventando, invece, un contrasto con le norme della disciplina generale del pignoramento che tendevano a ritenere limite del pignoramento il credito oggetto del procedimento. Si rilevava inoltre

[3] R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, *Digesto priv*., VIII, Torino, 2004, p. 100.
[4] M. T. ZANUCCHI, *Diritto processuale civile,* III, Milano, 1964, p. 175.
[5] V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile,* Napoli, 1964, p. 432.
[6] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile,* III, Milano, 1950, p. 82.
[7] A. MAJORANO in G. MICCOLIS, C. PERAGO (a cura di), *L'esecuzione forzata riformata, 2009,* p. 186.
[8] Cass. sent. n. 16/2000.

che l'intensità di una misura così radicale sarebbe stata *sui generis* in un ordinamento che generalmente nelle procedure esecutive tende a limitare il più possibile l'eccessivo blocco dei beni, specialmente se ad essere pregiudicato è un soggetto totalmente estraneo, fino a quel momento, all'esecuzione[9]. In definitiva, quanto affermato dalla giurisprudenza avrebbe finito, secondo la dottrina, per allargare eccessivamente le maglie di un procedimento che già, di per sé, chiama un soggetto estraneo a rispondere di debiti altrui. La suddetta interpretazione giurisprudenziale avrebbe sovvertito il principio dell'equo contemperamento delle esigenze poiché le somme pignorate, specialmente se ingenti, avrebbero avuto il risultato di bloccare capitali potenzialmente necessari anche allo stesso esecutato per la continuazione della propria attività. Per tutti tali motivi è intervenuta la legge 80/2005 a dirimere le controversie e addivenendo a una soluzione di compromesso attraverso la modifica del testo dell'art. 546 c.p.c. e prevedendo che *dal giorno in cui gli è notificato l'atto previsto nell'articolo 543, il terzo è soggetto, relativamente alle cose e alle somme da lui dovute e nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà, agli obblighi che la legge impone al custode.* Tale riforma ha permesso di adeguare gli effetti del pignoramento all'entità delle somme per le quali si procede mettendo in una posizione di maggiore tutela anche il soggetto esecutato che, altrimenti, patirebbe una eccessiva coercizione dei propri diritti. Il legislatore ha, insomma, così sovvertito l'interpretazione consolidata della Cassazione[10], limitandosi, tra l'altro, a circoscrivere solo i poteri di custodia del terzo e lasciando del tutto inalterati gli altri riferimenti testuali[11]. Il risultato è una norma che, nonostante le critiche, raggiunge il proprio scopo di tutelare il creditore il quale, agendo tempestivamente e correttamente, ha la possibilità di prevenire la possibile dissipazione dei crediti del debitore esecutato e rifarsi su di essi[12].

2. La dichiarazione ex art 547 c.p.c.

Per poter comprendere le modalità in cui il terzo - identificato nella P.A. quando chiamata a questo ruolo - debba operare, è necessario analizzare uno degli aspetti più controversi, particolari e problematici dell'istituto del pignoramento presso terzi: la modalità con la quale il terzo *debitor debitoris* è chiamato a entrare nel procedimento esecutivo e, ancora più nello specifico, la natura della sua posizione durante lo svolgimento dello stesso - tema quest'ultimo che verrà trattato nell'apposito paragrafo n. 3.

L'art. 543 c.p.c., comma 2 n. 4, testualmente recita che l'atto di pignoramento presso terzi deve contenere *la citazione del debitore a comparire davanti al giudice competente, con l'invito al terzo a comunicare la dichiarazione di cui all'articolo 547 al creditore procedente entro dieci giorni a mezzo raccomandata ovvero a mezzo di posta elettronica certificata; con l'avvertimento al terzo che in caso di mancata comunicazione della dichiarazione, la stessa dovrà essere resa dal terzo comparendo in un'apposita udienza e che quando il terzo non compare o, sebbene comparso, non rende la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso di cose di appartenenza del debitore, nell'ammontare o nei termini indicati dal creditore, si considereranno non contestati ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione.*

Ebbene, è evidente che è la stessa legge a regolare le modalità con cui il *debitor debitoris* è investito del suo ruolo di "garante" e a stabilire che deve essere lo stesso atto di pignoramento presso il terzo a rendere note le modalità con le quali in terzo deve agire e le conseguenze di una sua eventuale inerzia.

Tuttavia, i problemi che tale dichiarazione pone sono molteplici in quanto, innanzitutto, implica che il terzo pignorato debba rispondere tempestivamente entro il termine di 10 giorni - che non si specifica se siano da intendersi quale termine ordinatorio o perentorio - , in secondo luogo implica la necessità che il terzo comunichi a un soggetto esterno l'ammontare dei propri debiti nei confronti del proprio debitore esponendosi anche al pagamento di spese processuali nel caso in cui

[9] L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto Processuale Civile*, Torino, 1998, p. 83.
[10] G. MICCOLIS, *Pignoramento, ricerca dei beni da pignorare, estensione del pignoramento,* 2005, p. 111.
[11] F. CORSINI, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, I,* Bologna, 2007, p. 862.
[12] Codici Commentati Pluris, Cedam - Utetgiuridica, A*rt. 543, 547, 548 c.p.c.*

comparisse in udienza, in terzo luogo inserisce il terzo nel procedimento esecutivo in corso e, addirittura, lo espone a conseguenze negative qualora non renda nota l'eventuale impignorabilità dei propri debiti e/o eventuali vicende che abbiano già precedentemente estinto i relativi rapporti obbligatori.

Prima questione fondamentale è quella della natura della dichiarazione che non è di facile soluzione e per molto tempo ha determinato contrasti sia giurisprudenziali che dottrinali. Infatti su tale aspetto sono state avanzate varie teorie.

Alcuni, specialmente in costanza del codice abrogato, hanno sostenuto che si tratta di una confessione giudiziale in quanto, ritenendo il terzo parte processuale nel giudizio di cognizione introdotto dall'atto di pignoramento, essa non è altro che il riconoscimento, in sede processuale, di quanto dovuto all'esecutato[13]. Tuttavia questa interpretazione, con l'introduzione del nuovo codice e il passaggio a una visione in cui il terzo non è parte del processo, non può avere seguito e, anzi, sarebbe contraddittoria[14]. In ogni caso la dichiarazione rimane lontana dalle caratteristiche di una confessione in quanto, ancorché positiva, non vincola il creditore procedente, i creditori intervenuti o lo stesso esecutato come, invece, imporrebbe la disciplina del *contra se pronuntiatio*[15]. Infatti gli interessati possono instaurare un apposito procedimento per l'accertamento di quanto dichiarato rivelando e mettendo in discussione la dichiarazione che, pertanto, non è contraddistinta nemmeno dell'aspetto più caratteristico della confessione giudiziale[16].

Altri hanno sostenuto si possa configurare come un riconoscimento del debito, un negozio di accertamento plurilaterale che fa luce sulla situazione giuridica cui la dichiarazione si riferisce[17]. Ma questa visione della dichiarazione quale negozio non appare essere dirimente in quanto, innanzitutto, non sarebbe chiaro il soggetto a cui il riconoscimento è indirizzato e, in secondo luogo, anche qualora il terzo operi positivamente rendendo la dichiarazione, essa potrebbe essere contestata sia dall'esecutato ma anche dal creditore procedente ma anche da tutti gli eventuali ulteriori soggetti facenti parte del procedimento.

L'orientamento prevalente l'ha, invece, definita come una dichiarazione di scienza rilevante nelle more del procedimento esecutivo che consente la possibilità di confermare l'esistenza di un credito affermato dal creditore e di definirne la misura[18].

Tuttavia, sebbene tutte le tesi descritte siano certamente autorevoli e abbiano dei punti di forza, bisogna rilevare che la dichiarazione ex art. 547 c.p.c. ha delle caratteristiche proprie molto peculiari che, per questo, difficilmente possono imbrigliarsi in delle figure prestabilite. Essa deve semplicemente essere incardinata nel procedimento esecutivo del quale essa fa parte e configurarla semplicemente come un atto dello stesso procedimento non essendo necessario considerarla alla stregua di altri istituti che potrebbero finire anche per distoglierne l'essenza con un risultato fuorviante.

Chiarito l'aspetto relativo all'ontologia e all'identificazione della dichiarazione, un ulteriore aspetto di interesse è quello relativo alla natura del termine di 10 giorni entro cui il debitore è chiamato a fornire la dichiarazione. Infatti, l'articolo 547 c.p.c., nello specificare il contenuto dell'atto di pignoramento, prevede che sia necessario avvertire il terzo debitore che la dichiarazione circa la presenza e la consistenza del debito debba essere presentata nel termine di 10 giorni dalla notifica dell'atto di pignoramento presso il terzo o, in via subordinata, in udienza. Ebbene, sulla natura di questo termine e delle eventuali conseguenze del suo mancato rispetto, ci si è interrogati anche a causa del fatto che la natura stessa della dichiarazione del terzo, come visto sopra, non è del tutto definita. E' chiaro che l'intento del legislatore era quello di agevolare il terzo pignorato ed evitare anche la partecipazione all'udienza sgravando sia i privati che le istituzioni di passaggi superflui. Tuttavia, se da un lato vi è l'intento di semplificare, dall'altro la norma continua a parlare

[13] V. COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento dei crediti,* 1967, p. 393.
[14] E. ALBAMONTE, *La natura giuridica della dichiarazione presso terzi,* 1973, 328.
[15] F. CORDOPATRI, *Posizione e tutela del debitor debitoris nel processo di espropriazione,* Napoli, 1976, p. 831.
[16] M. BOVE, *L'espropriazione forzata, in Giur. sist. dir. proc. civile di Proto Pisani A.,* Torino, 1988, p. 359.
[17] CAMBER, *Efficacia della dichiarazione del terzo pignorato, II,* 1948, p. 78.
[18] R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi, in Digesto civ., VIII,* Torino, 1992, p.102.

espressamente di "citazione" del debitore causando una confusione nell'identificazione sia della figura processuale del terzo sia dell'eventuale valenza perentoria del termine di 10 giorni per rispondere[19]. La disposizione, specialmente dopo la riforma attuata dalla l. 52/2006, sembra infatti essere spaccata in due segmenti: nel primo sembra ancora trattare di citazione del terzo considerandolo parte processuale, nel secondo introduce, invece, la figura della dichiarazione quale elemento che può concretamente evitare la partecipazione del terzo al procedimento. Questa discrasia è foriera di incertezze che, sul piano pratico, si concretizzano nelle modalità che verranno di seguito enucleate.

Una prima problematica si ravvisa in merito alla diatriba circa la natura del termine per la presentazione della dichiarazione. Pare opportuno precisare sin da subito che il periodo di 10 giorni per l'invio della dichiarazione non può che considerarsi un'indicazione di tipo ordinatorio nonostante la specificazione dell'art. 543 c.p.c. che espressamente fissa tale termine per l'invio. A supporto di tale argomentazione vi sono vari elementi: il più evidente, è il fatto che non vi siano previste dall'ordinamento conseguenze per il mancato rispetto del termine, nessuna sanzione processuale[20]. Infatti, il terzo ha sempre la possibilità di presentare la dichiarazione in udienza qualora non l'abbia già fatto e, pertanto, non solo il termine di 10 giorni è da considerarsi ordinatorio e senza alcun vincolo ma non sembra esserci alcun ostacolo normativo nemmeno a presentare successivamente la dichiarazione persino fino a poco prima dell'udienza di comparizione avanti al giudice. Rimane pacifico che un'eventuale perentorietà del predetto termine determinerebbe un eccessivo appesantimento della posizione del terzo che, passati 10 giorni, vedrebbe consolidata la pretesa del creditore procedente. Pur tuttavia, il legislatore, con l'ultima riforma, ha comunque effettuato un notevole appesantimento della posizione del *debitor debitoris* in relazione alla sua dichiarazione. In particolare, la riforma intervenuta ad opera del d.l. 132/2014 - rubricato "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" poi convertito in legge con la l. 162/2014 - ha modificato l'art. 543 c.p.c., secondo comma n. 4, giungendo all'attuale versione. Proprio al fine di snellire il procedimento e velocizzarlo si è ritenuto opportuno inserire un deterrente per il terzo che non volesse presentare la sua dichiarazione o volesse rimanere inerte: l'inerzia, confermata anche dalla mancata presentazione in udienza, comporta oggi, dopo le formalità ex art. 548 c.p.c., il consolidamento del debito dovendosi, in tali casi, considerarsi non contestata la somma indicata dal creditore procedente. Da queste poche battute è facile capire come l'innovazione di cui trattasi, sebbene conferma la non perentorietà del termine di 10 giorni, aggrava certamente la posizione del terzo pignorato che adesso si ritrova in una condizione in cui deve necessariamente presentare dichiarazione o presentarsi in udienza se non vuole subire gli eventuali effetti negativi della non contestazione delle pretese del creditore procedente.

In effetti, ancora in merito al termine di una decade, bisogna sottolineare che vi sarebbe un aspetto, più teorico che concretamente riscontrabile nella pratica, che potrebbe determinare la perentorietà del termine. Il motivo prende le mosse dal fatto che il termine minimo a comparire in udienza generalmente è di 10 giorni i quali decorrono dalla notifica dell'atto. Ebbene, qualora l'atto di pignoramento prevedesse la presentazione in udienza a una distanza cronologica di 10 giorni e se il giudice del giudizio non disponesse un rinvio, addirittura basterebbero 10 giorni per considerare non contestata la pretesa del creditore procedente.

Nonostante le premesse, non meno incognite crea il caso in cui il debitore terzo rediga la dichiarazione e la invii al creditore nei termini corretti. Infatti, vi è ampia letteratura in merito a quello che deve essere il contenuto della dichiarazione, ma anche in merito all'eventuale modificabilità della stessa.

In merito al contenuto della dichiarazione, è stato detto che la dichiarazione positiva e non contestata ha, in realtà, una efficacia "purgativa"[21] in quanto, una volta effettuata, precluderebbe al terzo di eccepire eventuali elementi che, se vi fosse stato un giudizio e un accertamento specifico, avrebbe potuto far valere. Insomma, nel caso di dichiarazione fatta nei tempi ma errata e/o non

[19] A. RONCO, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, I,* Bologna, 2007.
[20] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I,* Verona, 2008, p. 394.
[21] A. M. SOLDI, *Manuale dell'Esecuzione Forzata, 2009 p. 612.*

esaustiva, il terzo potrebbe, ancora una volta, esserne danneggiato[22]. Pertanto il dichiarante deve stare ben attento a effettuare la dichiarazione ed è tenuto a dichiarare tutte le eventuali cause estintive anteriori al pignoramento, altrimenti non potrà poi più opporle al creditore senza provare l'errore di fatto[23]. In definitiva, la dichiarazione diventa anche il mezzo attraverso il quale è possibile specificare eventuali riserve o eventi riguardanti l'oggetto del pignoramento e, qualora non precisa, e non modificata presenziando in udienza, questa si considererà consolidata. Addirittura una parte della giurisprudenza è anche giunta ad affermare che un'eventuale mancata collaborazione del terzo che si dimostri reticente o comunque elusivo in sede di dichiarazione, si esponga addirittura a responsabilità aquilana ex art 2043 in quanto, non potendosi considerare parte del processo, determina un danno extracontrattuale[24].

Pare ormai pacifico[25], invece, che la dichiarazione del terzo possa essere modificata fino all'udienza in modo da poter aggiornare quanto in essa affermato qualora siano intervenuti successivi eventi modificativi del debito. Tuttavia, ancora un volta, questo elemento rischia di diventare un onere per il debitore che dovrà preoccuparsi e monitorare il rapporto oggetto del procedimento fino alla data dell'udienza così da evitare che vi siano scollamenti tra il dichiarato e quanto recepito in sede di giudizio.

In conclusione, si ritiene che possa affermarsi che, in realtà, la dichiarazione del terzo sia un atto *sui generis* che difficilmente si inquadra nell'impianto ordinamentale ma che svolge un ruolo fondamentale nel procedimento di pignoramento in quanto è essa che detta e scandisce l'andamento dello stesso. Il *debitor debitoris* è chiamato a dichiarare in modo esatto e aggiornato quanto dovuto all'esecutato avendo tempo, al massimo, salvo ulteriori tempistiche concesse dal giudice procedente, fino all'udienza in cui è stato chiamato a fornire la dichiarazione. Qualora non la fornisca, il credito si riterrà non contestato e solo provando che la mancanza sia dovuta a irregolarità della notifica, caso fortuito o forza maggiore sarà possibile ottenere una "remissione in termini" per rendere validamente la dichiarazione. In ogni caso anche una dichiarazione reticente o fortemente elusiva non va esente da potenziali conseguenze negative potendo, il creditore che ritenga di essere stato danneggiato, agire per il riconoscimento di un danno extracontrattuale dovuto all'aggravamento della procedura e dall'incremento delle spese processuali necessarie per ottenere il credito vantato[26].

3. Ontologia della figura del *debitor debitoris*

Un dato che emerge chiaramente da quanto fin qui trattato è la complessità della posizione del terzo che, sotto il punto di vista processuale, si trova a metà tra due parti: il creditore procedente e il debitore esecutato. Il terzo viene a rivestire un ruolo del tutto emblematico in quanto da un lato è chiamato a far parte del processo e presentare, in udienza, laddove non lo facesse validamente prima, la propria dichiarazione. Tuttavia, dall'altro lato, egli rimane del tutto estraneo ai rapporti tra i due soggetti che hanno determinato la controversia ossia le vere e proprie parti. In definitiva: può considerarsi il terzo una parte del processo o dobbiamo considerarlo diversamente?

Per quanto sopra, al fine di provare a dare risposta al quesito, è utile innanzitutto definire cosa debba intendersi per "parte" processuale. Effettivamente il Codice di Procedura Civile non dà, al riguardo, una definizione unitaria e, pertanto, si è tentato in vario modo di imbrigliare il più

[22] E. REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile, III,* Milano, 1999 p. 331.
[23] V. ANDRIOLI, *Il diritto di credito come oggetto dell'esecuzione forzata*, IV, 1941, p. 11.
[24] "A fronte della manomissione di un diritto, sia pure non assoluto ma relativo quale quello di credito, commessa non dal soggetto passivo del rapporto obbligatorio ma dal terzo pignorato, ben può essere invece invocata ed apprestata la tutela aquiliana ex art. 2043 cod. civ. per la risarcibilità di un danno prodotto non jure e contra jus; sempre che sia possibile ravvisare una connessione oggettiva tra l'evento imputabile al terzo e la lesione del credito (per tale intendendo il ritardo nel conseguimento del bene a suo tempo dedotto ad oggetto della obbligazione fatta poi valere in executivis), oltre alla imputabilità al terzo di una condotta dolosa o colposa direttamente produttiva di quel pregiudizio". CASS. S.U. 9407/1987.
[25] V. COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento dei crediti,* 1967, p. 412 - VACCARELLA R., *Espropriazione presso terzi, in Digesto,* 1992, p. 114.
[26] Codici commentati Pluris, Cedam- Utetgiuridica, *Art. 543, 547, 548 c.p.c.*

esaustivamente possibile il concetto di parte con diverse perifrasi. A tal fine illustri esponenti della dottrina, alternando posizioni più estensive a posizioni più restrittive del concetto, ne hanno, alla fine, determinato le criticità. Carnelutti, ad esempio, con una magistrale interpretazione estensiva sostiene che *"parte si chiama ed è giusto che si chiami non solo il soggetto della lite, ma ancora il soggetto dell'azione; ma nella pratica e nella legge si dà il nome di parte altresì a ciascuno di coloro, i quali non sono da soli né soggetto della lite né soggetto dell'azione, in quanto a loro appartiene o soltanto l'interesse o soltanto la volontà relativi all'una e all'altra"*[27]. Altri, come Chiovenda, ne hanno dato una definizione più restrittiva indicando quale parte *"colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) un'attuazione di legge, e colui di fronte al quale è domandata"*[28].

Ebbene, premesso che entrambe le suddette definizioni sono ineccepibili da un punto di vista formale, non ci si può esimere dal considerare che la presente trattazione è indirizzata all'analisi di un aspetto più processuale che sostanziale e pertanto, senza propendere per l'uno o per l'altro orientamento, la definizione sviluppata dal Carnelutti pare essere troppo ampia rispetto alle ristrette casistiche e categorie processuali che, invece, richiedono la necessità di individuare con esattezza chi debba ritenersi a pieno titolo chiamato a subire le conseguenze, positive e negative, del processo stesso. Per questo motivo, in tema processuale, risulta più corretto e immediato propendere per il concetto di "parte" delineato nella seconda definizione su esposta. Infatti, in un contesto più circoscritto e con maggiori esigenze di certezza, bisogna ancorare un concetto fondamentale come quello di "parte" a elementi incontrovertibili. Pertanto, come sostenuto da Chiovenda, l'elemento di riferimento deve diventare la domanda, quale atto principe da cui il processo stesso prende le mosse[29].

Attingendo alla suddetta definizione di parti del procedimento, il terzo non può essere considerato "parte" del procedimento esecutivo sebbene sia chiamato a parteciparvi e venga coinvolto sin dal primo atto esecutivo. Questo orientamento è stato, del resto, quello adottato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, già con sentenza n. 5827/1981 ma anche con giurisprudenza successiva, hanno affermato che *nell'esecuzione forzata di crediti, il terzo pignorato non è soggetto del processo esecutivo; pertanto il difetto di giurisdizione del giudice italiano è rilevabile d'ufficio, sia o non comparso il terzo pignorato, non essendo applicabile l'art. 37, 2° comma, c. p. c.*

Per tutti tali motivi, Liebman[30], ha definito il terzo quale come "parte ausiliaria del giudice" in quanto egli non sarebbe altro che un soggetto che aiuta il procedimento a giungere più celermente al risultato ultimo cui propende facendo in modo che il debitore paghi direttamente il debito o comunque non possa usufruire di crediti che gli spettano.

Tuttavia - seppur deve considerarsi ormai pacifico che il terzo non è da considerarsi parte - con un breve inciso a chiosa di questo paragrafo, pare opportuno esprimere il fatto che, comunque, il considerare il terzo come ausiliario e non considerarlo parte processuale, rischia di far passare un concetto errato e che potrebbe, per i meno attenti, anche risultare fuorviante. Infatti, specialmente alla luce delle riforme del 2012, il fatto che il *debitor debitoris* non sia una parte nel senso canonico del termine, non lo esime dal dover subire una serie di conseguenze negative che potrebbero derivargli dalla mancata presentazione della dichiarazione, dalla mancata presentazione in udienza, dalla dichiarazione errata, dalla dichiarazione non aggiornata etc… Anzi, si è appurato come il terzo, se non agisce secondo le norme di legge, è esposto a potenziali conseguenze negative che fanno dello stesso una figura ibrida che si pone a metà tra l'essere parte processuale e essere estraneo al processo. Condizione che, se non affrontata consapevolmente, potrebbe non condurre a risvolti positivi per il terzo.

---

[27] F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile,* cit., 1986, p. 231.
[28] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, p. 145.
[29] S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 295. L. DURELLO, *Il terzo nel processo esecutivo. Profili di tutela.*
[30] LIEBMAN E. T., *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi, 1934,* p. 152.

4. Il pignoramento presso terzi e la Pubblica Amministrazione

Anche la Pubblica Amministrazione può essere, laddove rivesta la figura di debitrice, chiamata a svolgere il ruolo di terzo. Certamente si sta parlando di un terzo "illustre", un soggetto che è certamente solvibile, un soggetto a cui spesso la legge attribuisce oneri più stringenti proprio per la sua essenza pubblicistica - specialmente nei rapporti di diritto privato con i terzi.

Ad esempio, una situazione in cui si denota la volontà del legislatore di investire la P.A. di obblighi che, nella sua posizione, un privato non avrebbe, è il caso dell'art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici[31] che espressamente prevede che *in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile*[32].

Ebbene, in materia di pignoramento presso terzi, la P.A. non è investita da norme *ad hoc* ma viene, al contrario, trattata come un privato. Si ritrova a fronteggiare un istituto di carattere privatistico che la impegna nella gestione dei propri rapporti debitori e nella relazione con soggetti estranei ai propri rapporti diretti e, allo stesso tempo, è chiamata ad operare correttamente e a mettere a disposizione dell'autorità giudiziaria procedente quanto richiesto in modo da comporre, nel modo più veloce e corretto possibile, le controversie.

Tuttavia bisogna anche tenere a mente che la struttura della P.A. è diversa rispetto a quella di un soggetto privato. Molto spesso, le Pubbliche Amministrazioni, e in particolare le Autorità Centrali e/o molto articolate, sono composte da molteplici organi dei quali il creditore terzo non sempre conosce l'organizzazione e/o le competenze. Per tale motivo la tendenza dei creditori, laddove non abbiano la certezza del soggetto presso cui notificare l'atto di pignoramento presso terzi, è quella di notificare a quel soggetto che sicuramente contiene l'Ente direttamente competente. Ed esempio, nel campo del Ministero della Difesa, spesso i pignoramenti vengono indirizzati direttamente al Ministero per poi essere via via smistati per competenza fino a giungere all'organo interessato che sarà non solo competente ma anche capace di individuare i debiti dell'Amministrazione in relazione al soggetto esecutato.

Chiaramente le descritte operazioni potrebbero condurre a delle procedure più lunghe per la notifica al soggetto competente e determinare la non immediatezza della risposta, visto che i 10 giorni decorrono dalla notifica iniziale. Il termine, infatti, è stato chiaramente pensato per operatori privati che già, dal momento della notifica, vengono direttamente a conoscenza del contenuto dell'atto.

Fortunatamente, ferma restando l'opportunità di rispondere all'atto del creditore tempestivamente, bisogna ribadire che, come sopra appositamente descritto, il termine di 10 giorni non è da considerarsi perentorio e, pertanto, salvo il caso in cui l'udienza sia stata fissata in stretta prossimità della scadenza per l'invio delle dichiarazioni, gli operatori avranno tempo per inviare validamente la dichiarazione anche in un momento successivo, oltre alla possibilità di presentarsi in udienza al medesimo fine. Ciò che, tuttavia, deve essere evitato è la mancata risposta all'atto di pignoramento o, comunque, la mancata presentazione in udienza per fornire la dichiarazione. Come visto, infatti, trascorsi infruttuosamente i citati termini, la normativa di legge prevede che il credito debba considerarsi non contestato.

Occorre rammentare che, per evitare le lungaggini che talvolta la P.A. mostra, il legislatore ha previsto anche uno strumento molto utile che, anche nel caso di consolidamento del debito presso terzi, può essere utilizzato per il recupero della somma qualora liquida, certa ed esigibile: il giudizio di ottemperanza[33]. Sul punto si è espresso anche il Consiglio di Stato che con la sentenza 7463/2010

[31] D. Lgs. 50/2016.

[32] Art. 30, comma 5, D. Lgs. 50/2016.

[33] Per evitare di arrivare al giudizio di ottemperanza è stata prevista anche la possibilità di procedere con speciali ordini di pagamento in c/c sospeso (SOP), come oggi regolati dal Decreto Ministeriale del 24 giugno 2015 intitolato *Modalità*

affermando definitivamente che il *Collegio non ritiene di doversi discostare dalla prevalente giurisprudenza secondo cui è ammissibile il ricorso di cui agli art. 27 n. 4, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e 37, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, per ottenere l'ottemperanza dell'amministrazione all'ordinanza di assegnazione di un credito vantato nei confronti di quest'ultima, emessa dal giudice dell'esecuzione nella procedura di pignoramento presso terzi a seguito di positiva dichiarazione dell'amministrazione ai sensi dell'art. 547 c.p.c. (Cons. Stato, IV, n. 5485/2008; n. 7401/2004; V, n. 6241/2009). Infatti, tale ordinanza, non revocabile dal giudice dell'esecuzione né reclamabile, si consolida se non impugnata dai soggetti che intervengono nella procedura con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi nel termine e acquisisce, quindi, quel carattere di definitività che consente di agire in ottemperanza*[34].

In realtà non sempre la P.A. è direttamente terzo pignorato, talvolta essa è nella posizione di esecutato. Nei casi in cui l'atto di pignoramento o sequestro sia rivolto contro Amministrazioni Centrali dello Stato, Aziende Autonome Statali o altri Enti Pubblici, risponderà quale terzo la Tesoreria dello Stato[35]. In particolare le apposite Istruzioni sul servizio di Tesoreria dello Stato (IST) all'art. 165 che prevedono le modalità con le quali questo deve avvenire, in particolare affermano che *qualora l'atto impeditivo sia rivolto contro uffici centrali o periferici dello Stato, aziende e amministrazioni autonome statali, ovvero altri enti pubblici o enti operanti nel settore dei pagamenti pubblici, la Tesoreria vincola le eventuali disponibilità del debitore esecutato nella misura stabilita dalla legge e rende la conseguente dichiarazione di terzo. Ove non esistano ovvero siano insufficienti le disponibilità dell'Amministrazione centrale esecutata, la Tesoreria vincola le disponibilità eventualmente esistenti delle Amministrazioni periferiche da essa dipendenti.* In tali casi, pertanto, si verifica il paradosso per cui una P.A. diventa *debitor debitoris* di altra P.A.. In realtà questo procedimento non deve stupire in quanto ormai i singoli Enti della P.A. sono da considerarsi pienamente autonomi e con strutture organizzative autonome che, proprio per questo, possono creare difficoltà anche alla stessa Tesoreria che, infatti, ricevuto l'atto di pignoramento presso terzi potrebbe essa stessa non individuare il destinatario, quali somme dover accantonare e in merito a quali somme effettuare la dichiarazione ex art. 547[36].

5. Conclusioni

Tirando le somme di quanto analizzato è chiaro che l'istituto del pignoramento presso terzi è molto semplice e lineare nel concetto da cui prende le mosse quanto complesso e problematico nella sua interpretazione e applicazione. E' una sorta di compensazione a più ampio spettro che permette di prescindere anche dai rapporti diretti con il soggetto avverso il quale si agisce e che permette di avere più possibilità di soddisfazione. E' uno strumento che il legislatore ha voluto mettere in mano ai creditori insoddisfatti per permettere il ristoro più veloce possibile e con più garanzie.

Tuttavia, allo stesso tempo, aggrava la figura del terzo pignorato che, specialmente dopo la riforma con la legge 228/2012 e poi con la legge 162/2014, ha visto anche dare un valore diverso al proprio silenzio che è passato, da semplice motivo per aprire una fase di accertamento di merito, a azione che equivale al riconoscimento del debito e consolidamento dello stesso. Infatti, egli ha 10 giorni dalla notifica dell'atto di pignoramento per inviare la propria dichiarazione sul proprio stato

di emissione e caratteristiche dello speciale ordine di pagamento informatico rivolto al tesoriere per il pagamento di somme dovute in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali e di lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva.

[34] Dello stesso tenore anche Tar Puglia-Lecce n. 1693/2012.

[35] A tal proposito il D.L. 313/94 ha escluso la pignorabilità di fondi destinati a particolari Enti come la Prefettura e Enti militari rispetto ai quali non possono essere bloccati gli accreditamenti destinati ai rispettivi Funzionari Delegati. Tuttavia questo principio ha subito una limitazione a seguito di varie pronunce giurisprudenziali che, invece, hanno sancito la necessità di rapportarsi anche agli scopi cui sono indirizzati i fondi. Una tra tutte Cass. 6078/2015, che ha espressamente sostenuto che *il legislatore ha inteso rendere impignorabili i fondi del Ministero della Giustizia destinati agli scopi ivi tassativamente indicati. Tutte le altre somme diverse da quelle contenute nella norma indicata sono liberamente pignorabili nelle forme dell'esecuzione forzata presso terzi.*

[36] G. RUSSO, *Gli atti impeditivi di tesoreria,* in *Banca d'Italia e Tesoreria dello Stato: vicende storiche, riforme e prospettive*, 2016, p. 131.

debitorio nei confronti dell'esecutato e, in caso di mancato invio o di silenzio prolungato fino ad oltre l'udienza fissata per la dichiarazione, unico mezzo che residua al terzo per poter andare esente dalle predette conseguenze, specialmente laddove non sia debitore delle somme contestate, è quello cui rinvia l'art. 548 c.p.c.: l'impugnazione nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. provando di non aver avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore. A nulla servirebbe nemmeno una eventuale opposizione agli atti esecutivi che, per poter essere accolta e "rimettere in termini" il terzo ai fini della presentazione della dichiarazione, impone al *debitor debitoris* la prova di fatti o vizi che hanno determinato e giustificato la mancata dichiarazione e la mancata comparizione in tutte le udienze successive[37].

In tale quadro, la P.A. in virtù dei principi che la sorreggono, in nome del buon andamento, della correttezza, della semplificazione, della professionalità che la contraddistingue, ha l'obbligo di dare pronto riscontro e, specialmente nel caso in cui i diritti avanzati dal creditore non corrispondano alla situazione debitoria concreta, dare agli operatori giudiziari tutti gli strumenti per operare nel modo più corretto e celere. Per tale motivo tutti gli operatori, preso atto dell'anacronismo del precedente regime in cui il procedimento cognitorio avrebbe fatto da filtro prima del consolidamento del debito, devono prestare particolare attenzione a tali istanze in modo da evitare danni sia patrimoniali che all'immagine della P.A.

[37] A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione per il terzo pignorato, in* www.judicium.it

L'Occidente e la crisi della democrazia
L'etica dell'ospitalità per un cammino verso la fraternità universale

The West and the crisis of democracy
The ethics of hospitality for a journey towards universal brotherhood

di *Giuseppe Buffon*[1]

Abstract: In questo articolo l'autore esamina le problematiche della situazione demografica e geopolitica mondiale. Un quadro che vede democrazie al tracollo, autocrazie in crescita esponenziale, forte crescita da un lato e crisi demografica dall'altra in un mondo diviso a metà.
Argomenta le possibili cause dei flussi migratori che stanno mettendo in ginocchio interi Paesi. Tra queste, le politiche dissennate di sfruttamento ambientale che hanno obbligato gli uomini a fuggire da territori segnati da cambiamenti climatici. Il delicato quanto instabile equilibrio geopolitico vede nella disponibilità delle risorse un fattore che gioca un ruolo chiave nel mantenimento della pace. Tale situazione non trova soluzione se non con una cooperazione diffusa a livello mondiale e prendendo coscienza del fatto che la solidarietà non è un imperativo morale ma un'opportunità di liberarsi dai vincoli, culturali, religiosi e sociali.

Abstract: *In this article, the author analyses the problems of the world's demographic and geopolitical situation. A picture that sees democracies collapsing, autocracies growing exponentially, strong growth on the one hand and demographic crisis on the other in a world divided in half.*
Argue the possible causes of the migratory flows that are bringing entire countries to their knees. Among these, the senseless policies of environmental exploitation have forced men to flee from territories marked by climate change. The delicate and unstable geopolitical balance sees the availability of resources as a factor that plays a key role in maintaining peace. This situation has no solution except with widespread cooperation worldwide and becoming aware of the fact that solidarity is not a moral imperative but an opportunity to free oneself from cultural, religious and social constraints.

Sommario: 1. Quale crisi per l'Occidente? – 1.1. – Democrazia targata liberalismo economico. – 1.2. Tracollo demografico. – 1.3. Economia sul baratro. – 1.4. Democrazia in bancarotta. – 1.5. L'ombra dell'autocrazia sugli organismi internazionali. – 1.6. L'ombra dell'autocrazia si prolunga sui sistemi di sicurezza. – 1.7. Il multilateralismo: 'si salvi chi può!' – 2. E l'Europa? – 2.1. Il fascino dell'autoritarismo. – 2.2. Ripiegata sul proprio ombelico. – 2.3. Migrazioni, minaccia della democrazia? – 2.4. Una politica della pace – 3. La lezione della memoria. – 3.1. Per un altro modello di Stato. – 3.2. Per i diritti umani – 3.3. Insieme contro la violenza e il terrorismo. – 3.4. L'allargamento dell'unione europea. – 3.5. Il miraggio del benessere. – 3.6. Economia padrona. – 3.7. Nuovi nazionalismi. – 3.8. Tribalizzazione. – 3.9. Crisi inedita. – 4. Conclusione: l'etica dell'ospitalità.

1. Quale crisi per l'occidente?

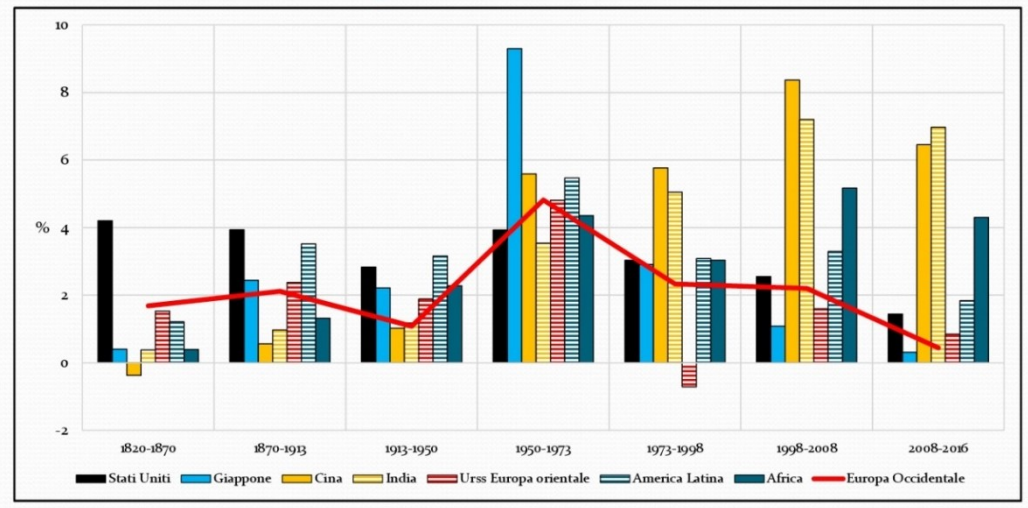
1.1. Democrazia targata liberalismo economico

Quel mondo di cristiani bianchi che chiamiamo Occidente trova origine e sviluppo durante la rivoluzione industriale, prima, europea e, poi, nord americana. Plasmato dal liberalismo economico, più ancora che politico, esso inaugura quella tipologia di governo, denominata democrazia, che gli garantisce quasi due secoli di prosperità economica e, soprattutto, di supremazia politica sull'intero

[1] Il Prof. Giuseppe Buffon è Decano della Facoltà di Teologia della Pontificia Università *Antonianum*.

pianeta[2]. Prima della rivoluzione industriale, infatti, il baricentro economico del globo va ricercato in Asia, resa celebre per il suo impero delle spezie[3]; dopo, invece, si stabilisce nell'area dominata dall'asse Europa-Stati Uniti. Tale assetto economico e politico rimarrà invariato fino al 1980 circa[4]. Solo successivamente si decentrerà verso l'India e la Cina. Dal 2014 troverà ubicazione in Asia e dal 2045, molto probabilmente, in Cina.

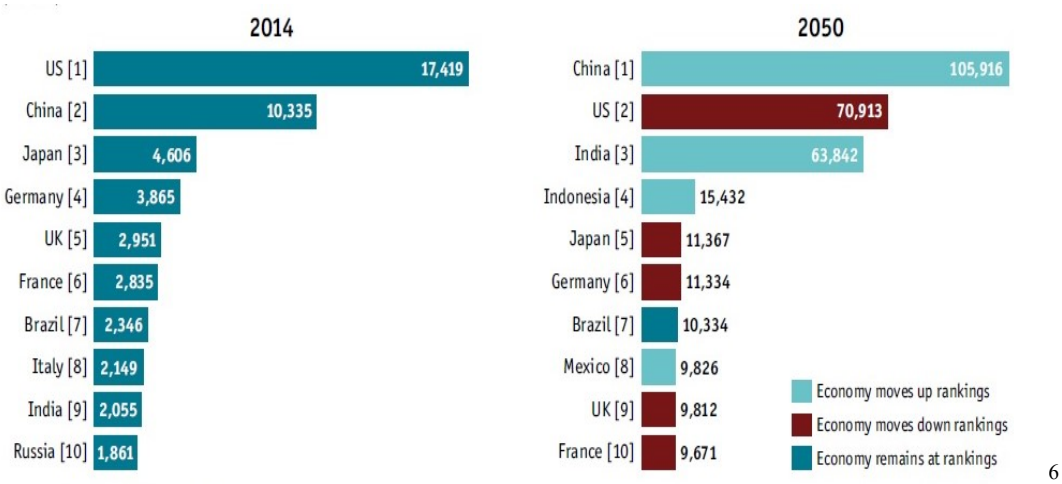
Tassi di incremento medio annuo del Prodotto interno lordo
In alcune parti del mondo, 1820-2016.



[5]

[2] Interessate, al riguardo, quanto scrive G. GALASSO nella sua *Storia d'Europa* (Bari, Laterza 2019) nel parafo dedicato al "connubio di liberalismo e democrazia in Francia, Gran Bretagna e Italia", 638-657.
[3] A. STANZIANI, *Bâtisseur d'empires. Russie, Chine et Inde à la croisée des mondes, XV^e^-XIX^e^, Paris, édition Raisons d'agir*, 2012, 139-176. "Les Moghols sont directement confrontés aux Européens Portugais, d'abord, Hollandais et Anglais par la suite" (139)
[4] La recessione non è tuttavia solo economica o economico-finanziaria, ma economico-democratica, coinvolgendo tutti gli elementi della cultura politica europea che aveva generato il predominio economico: "A una riflessione minimamente più approfondita risultava chiara la profonda novità dell'inedita f se della sua storia, che l'Europa andava vivendo. La leadership tecnica e scientifica e la forza centripeta e formativa della cultura non erano più un suo monopolio […]. Discussi in Europa, le idee forza e i valori della nazione, del progresso e della libertà, della democrazia erano affermati e rivendicati al di fuori di essa e costituivano largamente i principi e le norme dei quali ci era ribella ti e ci si ribellava ad essa e alla sua tradizione". GALASSO, *Storia d'Europa*, 998.
[5] Fonte: A. MADISON World population GDP e per Capita GDP, 1-2009 AD, http://www.ggdc.net/Madison/; dal 1950 The conference Board, Total Economy Database, https://www.conference-board.org/data/economydatabase/

Proiezione delle economie mondiali nel periodo dal 2014 al 2050, evidenziando parametri di recessione, stagnazione e crescita.

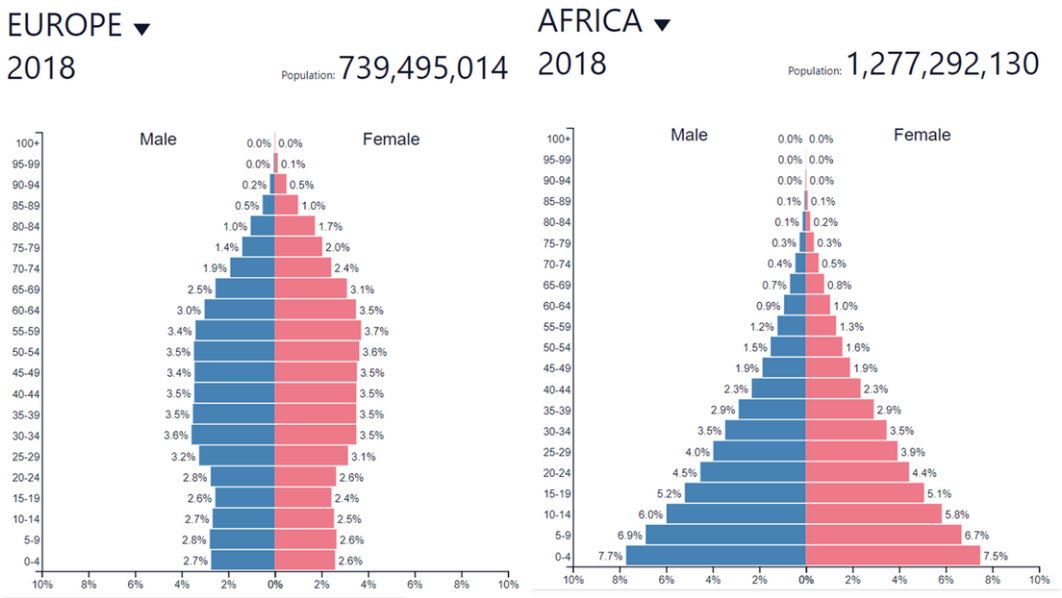


[6]

1.2. Tracollo demografico

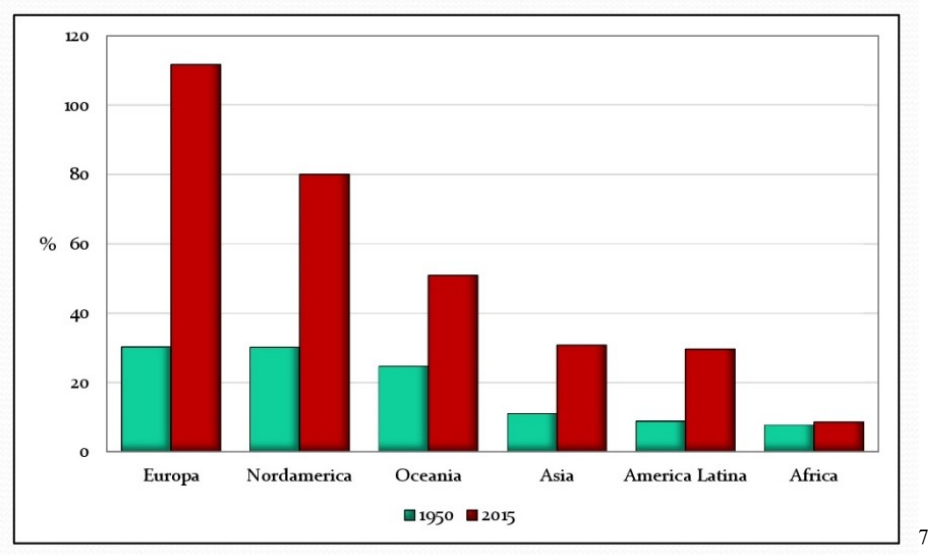
Un *trend* analogo a quello riscontrato per l'Occidente economico si registra anche in riferimento all'Occidente demografico. Dal 30% di europei e nord americani del 1950 si passerà nel 2050 ad appena 9/10 %. Solo i Paesi dell'Africa esprimono una piramide demografica perfetta. Tra tutti i continenti, infatti, quello africano dispone attualmente di potenzialità di crescita uniche, divenendo terreno di conquista per le economie forti, quali, un tempo, quella statunitense e, ora, quella cinese. La demografia dell'Occidente assume, invece, la forma della torre di Pisa, che evidenzia una popolazione soggetta, non solo a una recessione numerica, ma anche a un veloce innalzamento dell'età media. L'Occidente è sempre più piccolo e sempre più vecchio!

Grafici sull'andamento demografico maschile e femminile in Europa e Africa al 2018



[6] Fonte: *The Economist Intelligence Unit*

Indici dell'invecchiamento dei vari continenti, 1950-2015



[7]

1.3. Economia sul baratro

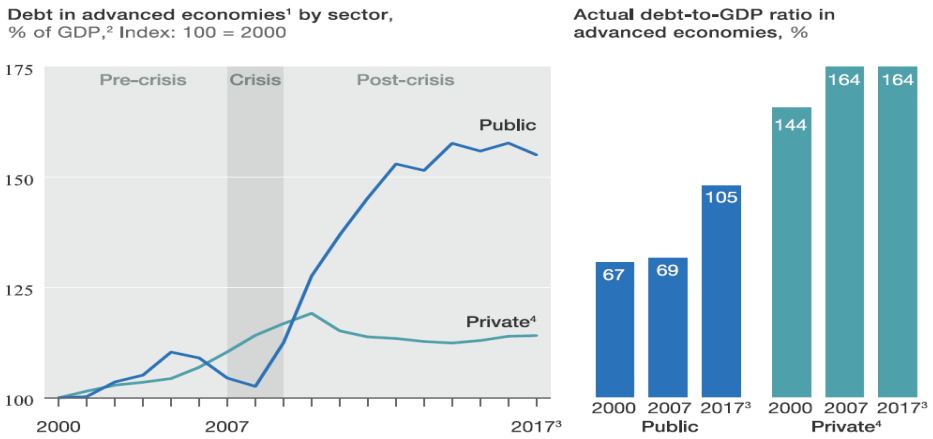
Ciononostante, l'Occidente si colloca ancora all'apice della piramide della ricchezza che, in verità, assomiglia molto a un calice. Per l'Europa e gli Stati Uniti (USA), infatti, l'indice di crescita economica si attesta ancora intorno al 3%: lo stesso registrato negli ultimi 50 anni. La vera crisi economica, nonostante il diffuso allarmismo, non ha fatto ancora la sua comparsa.

L'economia occidentale, specialmente quella statunitense, in realtà, si trova attualmente come sull'orlo di un precipizio: i tassi di interesse e i dazi non sono stati mai così bassi e il minimo squilibrio o anche il solo timore di una guerra potrebbe farli crescere. Il dato ancora più inquietante è costituito dal livello di indebitamento, il più alto finora registrato, e, soprattutto, dall'indice di disuguaglianza, al di là della soglia di guardia, permessa da una società occidentale, che si pretende civile e maestra di una civiltà democratica, fondata sulla "pari dignità dei cittadini"[8].

[7] Fonte: United Nation Department of Economic and Social Affairs, Population Division, World Population Prospects: The 2015 revision https://www.un.org/en/development/desa/publications/world-population-prospects-2015-revision.html.

[8] M. PIANTA M. FRANZINI, *Explaining inequality*, London, Routledge, 2016 (Traduzione italiana: *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*. Roma-Bari, Laterza, 2016); P. C. PADOAN, Crisi economica e crescita diseguale, Atlante geopolitico Treccani 2013 http://www.treccani.it/enciclopedia/crisi-economica-e-crescita-diseguale_%28Atlante-Geopolitico%29/; Pianta, P. UTTING e A. ELLERSIEK, *Global Justice Activism and Policy Reform in Europe. Understanding how change happens*. London, Routledge, 2012.

La crescita del debito pubblico nelle economie avanzate dopo la crisi del 2008



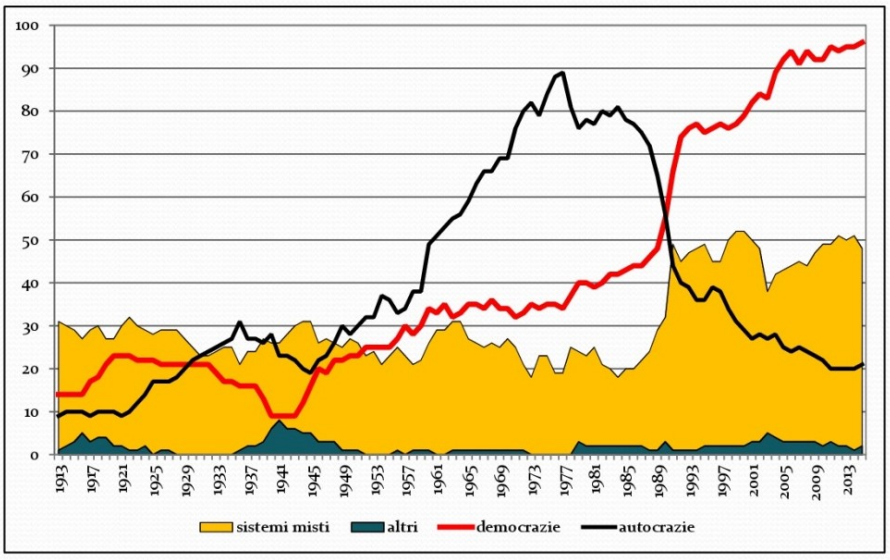
¹Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Hong Kong, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Singapore, South Korea, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, and United States.
²Debt as percent of GDP is indexed to 100 in 2000; numbers are not actual figures.
³First half of 2017.
⁴Includes household and nonfinancial corporate-sector debt.

9

1.4. Democrazia in bancarotta

La vera crisi, già pienamente constatabile, si dimostra, invece, quella della democrazia, che ha costituito il presupposto dello sviluppo economico occidentale. La democrazia è, infatti, quel sistema di governo *ad hoc*, inventato dall'Occidente per garantirsi il benessere economico: sinonimo di sviluppo per due secoli, essa, oggi, non assicura più alcuna garanzia di successo imprenditoriale. Attualmente, infatti, sono i regimi totalitari a detenere il 50% del potere economico, contro il solo 30% di un tempo.

Sistemi di governo, 2013-2015



10

[9] Fonte: Bank for international settlements: McKinsey Global Institute analysis: https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Industries/Financial%20Services/Our%20Insights/A%20decade%20after%20the%20global%20financial%20crisis%20What%20has%20and%20hasnt%20changed/MGI-Briefing-A-decade-after-the-global-financial-crisis-What-has-and-hasnt-changed.ashx

[10] Fonte: Center for Systemic Peace, Policy IV project Regime Authority Characteristics and Transition Datasets, http//www.systemicpeace. origin/iscrdata.html.

Negli anni intorno al 1970, l'Africa e l'America latina non erano democrazie. Oggi c'è, dunque, molta più democrazia, ma il peso delle potenze democratiche, sullo scacchiere politico, è surclassato dai Paesi in cui vige un regime autocratico. La Cina, che è sempre stata una autocrazia ma non aveva un peso economico, e la Turchia, che invece è diventata una autocrazia: entrambe hanno dimostrato che solo i regimi autoritari assicurano un'ascesa economica, mentre le democrazie sono sull'orlo della bancarotta, a causa di un indebitamento pubblico endemico, come dimostra appunto la crisi del 2008. La regola ferrea, stabilita durante la rivoluzione industriale ottocentesca, che la democrazia sia presupposto imprescindibile per lo sviluppo economico, è stata, dunque, infranta!

1.5. L'ombra dell'autocrazia sugli organismi internazionali

Le democrazie occidentali si erano aggiudicate inizialmente anche il controllo dei sistemi di governo dell'economia mondiale, come, ad esempio, il G7, creato nel 1986, da Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito e Stati Uniti d'America. Il principio della *leadership* democratica per la gestione dell'economia mondiale, in effetti, è rimasto tale solo fino alla crisi del 2008, che ha imposto l'allargamento della partnership (G20), con l'inclusione, tra gli altri, di Cina, Corea, India, Indonesia, Russia, Arabia Saudita, Sud Africa e Turchia. Si prevede, perciò, che il G7 del 2030 verrà a subire un grande influsso della Cina, la quale, però, dovrà convincere il mondo occidentale che la deroga alla democrazia non è una minaccia per l'assetto politico e sociale, una minaccia per i diritti umani(?). Il colosso economico cinese, intanto, sta dimostrando che può battere l'Occidente, soprattutto gli Stati Uniti, almeno in materia di rispetto dell'ambiente.

1.6. L'ombra dell'autocrazia si prolunga sui sistemi di sicurezza

Non solo l'economia, però, ma anche i sistemi di sicurezza, creati per scongiurare il ripetersi di assurdità pari al secondo conflitto mondiale, come ad esempio l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), si dimostra appannaggio delle democrazie occidentali, quali la Francia, la Gran Bretagna e gli Stati Uniti. Tuttavia, tanto l'ONU quanto l'altro sistema internazionale, sorto anch'esso in risposta alle inquietudini sperimentate a causa della brutalità del secondo conflitto mondiale, l'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord (NATO), oggi attraversa una grave crisi di credibilità[11]. Il presidente americano lo ritiene infatti inutile, stimando maggiormente efficace un multilateralismo, che prevede negoziati diretti con le altre potenze forti: la Russia, la Cina, la Turchia e l'Europa.

Il caso Siria rappresenta uno degli effetti più evidenti di questa nuova politica nordamericana, che ha preferito optare per il multilateralismo, escludendo invece gli organismi internazionali. Le ragioni di questa scelta sono ancora di natura economica: occorreva arrestare il processo di globalizzazione, dal quale proprio la Cina, che si avvia a diventare la prima potenza economica, stava traendo i maggiori vantaggi[12].

1.7 Il multilateralismo: 'si salvi chi può!'

D'altra parte, gli Stati Uniti, che invece sono ancora la più forte potenza militare, non vogliono più essere i poliziotti del mondo, offrendo gratis la sicurezza e l'esportazione della democrazia, ma preferiscono combattere una battaglia a favore della propria economia. Adottano, perciò, un sistema di governo centralistico e quasi totalitario, sul modello della Cina, rafforzandolo con misure di politica economica, quali sanzioni e dazi, oltre che con interventi militari. Essi si trovano, così, di

[11] M. F. ESPINOSA GARCÉS, *Making the United Nations Relevant to All*, 25 Settembre 2018, https://www.iai.it/it/pubblicazioni/making-united-nations-relevant-all.

[12] L'antiglobalizzazione del primo decennio del nuovo millennio si dimostra di altro genere, rispetto a questa nuova strategia di politica internazionale, messa in atto dagli Stati Uniti. L. MARTELL, Sociologia della globalizzazione, Torino Einaudi 2010, 283-306; A. ZANFEI, Trump e la crisi del multilateralismo, 19 aprile 2017, http://sbilanciamoci.info/trump-la-crisi-del-multilateralismo/.

fronte la Russia, che compete con loro sul piano dell'energia (gas) e su quello delle truppe di terra, come dimostra l'intervento in Ucraina, in Siria e perfino in Venezuela[13]. L'altro avversario del nuovo sistema americano è naturalmente la Cina, che presta soldi alla stessa America, comprandole il debito, perché non può assolutamente rinunciare alla politica delle esportazioni.

2. E l'Europa?

2.1 Il fascino dell'autoritarismo

I grandi strumenti di cooperazione internazionale, pensati e voluti all'indomani della fine della seconda guerra mondiale, per sostenere azioni di *peacekeeping* (mantenimento della pace), indispensabili per lo sviluppo del benessere, vengono perciò relegati nel ripostiglio dei vecchi cimeli, insieme alla democrazia! E l'Europa(?), sta forse correndo lo stesso rischio dell'antico alleato transoceanico? Anche l'Europa guarda con fiducia alla via della seta. E l'Italia di Marco Polo[14], in particolare, sembra ammaliata dall'antico *partner* commerciale della Repubblica veneta, mentre nel frattempo marcia contro il treno ad alta velocità Torino-Lione (Tav)[15]. La medesima Europa: come, però, interpreta la crisi della democrazia? È forse eccessivo pensare che il rafforzamento della sicurezza e la chiusura dei porti contro l'immigrazione, asso nella manica delle strategie elettorali, costituiscano un passaggio indolore verso l'autocrazia, che ha fatto il successo della nuova potenza cinese, o meglio, turca, che presiede il mediterraneo?

2.2. Ripiegata sul proprio ombelico

Nell'agenda dell'Europa è stato forse inserito un approfondimento sulla radice della crisi attuale oppure prevale la superficialità di chi indugia ad osservare il proprio ombelico? La Gran Bretagna impiega due anni a decidere l'uscita dall'Europa, ignorando la dirompenza degli effetti collaterali: la frantumazione provocata dalle richieste di autonomia nord irlandesi e scozzesi, vero cambio di paradigma di un ex "impero parlamentare", prima democrazia della storia, nata per dominare il mondo[16]. Disposto perfino a dimenticare l'atavica diatriba tra Valloni e Fiamminghi, il Belgio scende in piazza contro la decisione del governo di inserire in agenda la discussione su un'eventuale accordo intorno all'immigrazione[17]. Le piazze francesi, già maestre nella lotta in favore della libertà e dei diritti civili, ora, invece, si riempiono di contestatori dell'eco-tassa, eccellente misura di civiltà e di "democrazia nuova". In Grecia, invece, protestano non per le tasse, ma per gli accordi con la Macedonia, secolare nemico[18]. In Spagna, ormai estenuati dall'impossibilità di formare un governo, quando si giunge a costituirne uno, sono, assurdamente, proprio le piazze a farlo cadere!

---

[13] K. MAKDISI, Contested Multilateralism: The United Nation and the Middle East, Menara Working Papers 31, Febbraio 2019, https://www.iai.it/sites/default/files/menara_wp_31.pdf. Per una ulteriore approfondimento di possono consultare i materiali messi a disposizione dall'Istituto Affari Internazionali: Onu, il multilateralismo versione Trump, https://www.iai.it/it/news/onu-il-multilateralismo-versione-trump.

[14] R. D. KAPLAN, Return of Marco Polo's World: War, Strategy, and American Interests in the Twenty-first Century, Random House, 2018.

[15] S. RIELA e A. GILI, *Nuove vie della seta. Tra UE e Cina scontro o integrazione?* 28 Febbraio 2019, https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/nuove-vie-della-seta-tra-ue-e-cina-scontro-o-integrazione-21667

[16] F. PAROLA, M. VILLA, A. VILLAFRANCA, *Brexit l'accordo di Jhonson: ecco cosa cambia*, 23 ottobre 2019, https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/nuovo-accordo-brexit-ecco-cosa-cambia-24198?gclid=EAIaIQobChMInae Eh6OS5wIVxpTVCh1xSQ5rEAAYASAAEgI0VPD_BwE.

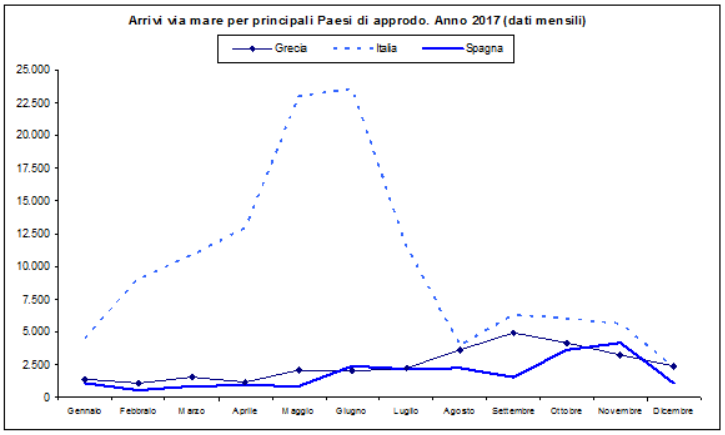
[17] ANSA, Il Governo si spacca sula global compact, crisi politica in Belgio. Il Premier Charles Michel prede atto delle dimissioni dei ministri, 10 dicembre, 2018, 10.50;
http://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2018/12/10/governo-si-spacca-su-global-compact-crisi-politica-in-belgio_fbf11adb-a8ac-49a4-9f31-cc2e8cab2a89.html.

[18] ANSA, Grecia proteste per la Macedonia. Tsipras accusa ultradestra per scontri a manifestazione, 20 gennaio 2019, 19.38, http://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2019/01/20/grecia-proteste-per-macedonia_eb5ca7e0-bc8a-40bd-beb5-eaa387e11f7f.html.

In Ungheria si protesta contro la legge sul lavoro straordinario, emanata per supplire alla mancanza di personale, venuto meno a causa del blocco dei migranti[19].

2.3. Migrazioni, minaccia della democrazia?

A dominare le piazze della Gran Bretagna, del Belgio, dell'Ungheria si dimostra la paura degli immigrati; proprio ad essi, infatti, si imputa di essere la principale minaccia della democrazia, cioè di mettere a repentaglio la sicurezza nazionale, di sottrarre posti di lavoro e di sovvertire l'identità stessa dell'Occidente. Anziché porre mano alla crisi della democrazia, si preferisce ricorrere al solito espediente del capro espiatorio, gettando sulle spalle dei migranti il malessere di un sistema anchilosato, incapace di riforma culturale, prima che istituzionale e politica. Paradossalmente, allora, si chiudono i porti, proprio quando i flussi stanno diminuendo.



[20]

Si sprecano tempo ed energie per discutere sulla spartizione dei nuovi arrivati, mentre non si considera affatto la necessità di approfondire le cause reali della crisi migratoria. Non ci si rende conto che si tratta di una questione globale, che dipende: 1) dalla crisi ambientale; 2) dalla crisi stessa del paradigma economico, patrocinato dalle democrazie occidentali; 3) dalla crisi dell'assetto geopolitico mondiale, che provoca la cosiddetta guerra mondiale a pezzi.

I. La crisi migratoria dipende, in primo luogo, dalla crisi ambientale per almeno due ragioni:

A) molti dei fenomeni migratori sono causati, ad esempio, dallo sconvolgimento climatico, che provoca desertificazione e guerre per l'approvvigionamento idrico, tanto che si auspica, da più parti, la definizione di uno *status* di migrante ecologico, sulla falsariga dello *status* di rifugiato, che comporta una serie di diritti all'ospitalità;

B) il nuovo fenomeno migratorio intercontinentale dipende, altresì da una economia predatoria, che, depauperando risorse naturali e inquinando, si dimostra la causa principale della crisi ecologica. Essa produce un allargamento della forbice tra ricchi e poveri, impedendo un adeguato sviluppo delle economie locali.

II. La soluzione della crisi ambientale dipende dunque dalla soluzione della crisi economica, o meglio, della trasformazione del paradigma economico e commerciale, esito del colonialismo, forgiato proprio dall'Europa delle democrazie. Si richiedono, inoltre, nuove politiche energetiche e, specialmente, politiche educative e anche mediatiche, capaci di trasformare gli stili di vita. Occorre, innanzitutto, una nuova mentalità, affinché nei consessi internazionali sia dato spazio ai paesi in via di sviluppo e a quelle popolazioni, come, ad esempio, gli indigeni dell'Amazzonia, che sono portatori di una cultura socio-ambientale totalmente estranea all'Occidente.

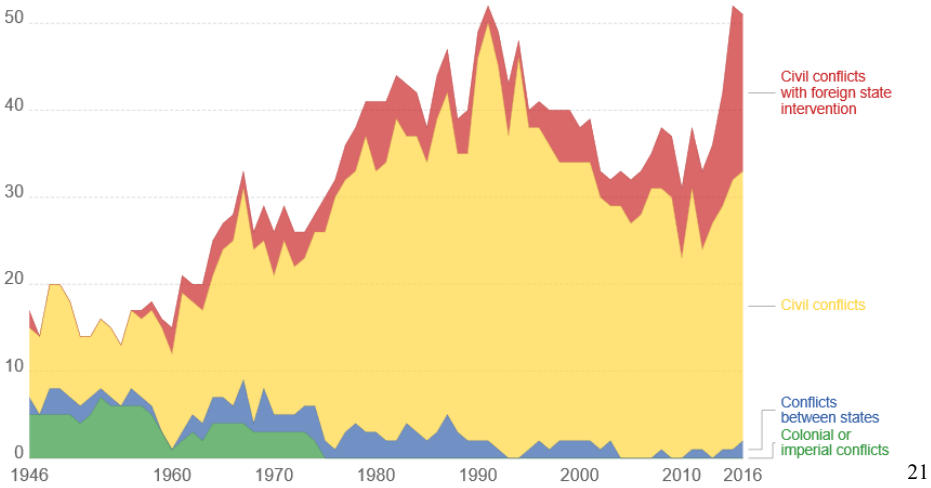
---

[19] ANSA, Ungheria, cortei contro la legge sua lavoro, Sindacati, "schiavismo". Tra misure, aumento degli straordinari, 8 Dicembre 2018, 15.33 http://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2018/12/08/ungheria-cortei-contro-legge-sul-lavoro_d4f81732-5c56-4b79-b2e4-585ffc5a3603.html.

[20] Fonte: elaborazioni ISMU su dati UNHCR, https://www.ismu.org/ricerca/dati-sulle-migrazioni/

III. La crisi dell'assetto geopolitico mondiale dipende massimamente dalla trasformazione della globalizzazione in multilateralismo e dall'avvento delle autocrazie economiche. Uno degli effetti più preoccupanti di questo passaggio si dimostra la trasformazione del concetto della guerra. Si parla, infatti, di "guerra mondiale a pezzi", non perché siano aumentati i conflitti armati, esito di scontri tra stati. Le guerre tradizionali sono, infatti, diminuite, ma ad essere aumentati sono i conflitti civili, come in Siria o in Libia, dove sono coinvolti vari paesi stranieri.

Numero e caratteristiche dei conflitti dal 1946 al 2016.



[21]

La convergenza su scala mondiale di un raggio di potenze armate costituisce il discrimine tra questi conflitti civili e quelli del passato, come, ad esempio, la guerra civile spagnola, il terrorismo basco o la guerriglia dell'Ira in Irlanda. La novità inquietante di questi conflitti è data dal fatto che non si risolvono mai. Le parti in gioco non giungono mai alla pace. Dei conflitti scoppiati negli ultimi 10 anni, solo uno, quello nel piccolo stato del Gana, ha avuto esito pacifico e i rifugiati sono potuti rientrare. In tutti gli altri casi, i profughi, 70.000.000, secondo le ultime stime, non possono più considerarsi un'emergenza e devono essere assolutamente integrati in altri contesti nazionali. Sono, questi rifugiati, una parte considerevole degli immigrati, che l'Occidente considera minaccia principale per la crisi della democrazia, minaccia per la sua stabilità sociale, economica e lavorativa.

2.4. Una politica della pace

I conflitti che generano rifugiati sono, poi, esito della stessa frantumazione degli organismi internazionali o delle alleanze tradizionali[22]. Un tempo c'erano gli Stati Uniti con i loro alleati, l'Unione Sovietica (URSS) con i suoi. Oggi, attorno alla Siria, si accanisce una serie di potenze che si alternano in un gioco armato di tutti contro tutti. E lo stesso accade in Libia e nello Yemen, in Ucraina, in Venezuela. Spesso la causa di queste guerre è rappresentata dalle stesse risorse, necessarie per supportare un sistema economico di marca industriale, ideato sempre dal medesimo Occidente. Perciò non si può affrontare il tema delle migrazioni, soltanto con un patto sulla spartizione dei migranti: non ci sono soluzioni semplici e univoche, ma è necessario intervenire con misure globali sull'ambiente, sull'educazione, sullo sviluppo, che, però, prevedono una intesa globale, sul clima, sull'economia, sugli equilibri geopolitici e sociali: una politica globale per la pace.

3. La lezione della memoria

[21] Fonte: UCDP/PRIO Armed Conflict Dataset, https://ucdp.uu.se/downloads/index.html#armedconflict.
[22] M. DEL PERO, Crisi degli organismi internazionali, Treccani 2009, http://www.treccani.it/enciclopedia/la-crisi-degli-organismi-internazionali_%28XXI-Secolo%29.

3.1. Per un altro modello di Stato

La "pace perpetua" per l'Europa e per il mondo intero, convocato a conflitto sulla scena europea per ben due volte, nel corso del XX secolo, era l'ideale di Altiero Spinelli, che, nel manifesto di Ventotene, auspica, per i popoli europei, la convivenza in un unico Stato, sulla base della comune fratellanza umana[23]. Si trattava di una revisione del concetto di Stato moderno, formulato con la pace di Vestfalia, quale entità autorizzata alla difesa dei propri confini, anche con il ricorso alle armi, il diritto alla guerra (*Jus ad bellum*). La *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, parlava, invece, di diritto di ogni essere umano alla dignità, e di uno Stato che si pone al servizio del bene comune, anteponendolo alla salvaguardia dei diritti privati (diritto di proprietà) e di quelli nazionali (diritto alla difesa dei confini). Il diritto alla vita e alla dignità dell'essere umano, dunque, prima e al di sopra dei diritti nazionali.

3.2. Per i diritti umani

A esigere la pace e la difesa dei diritti umani sono quelle democrazie fragili che, reduci dalla catastrofe della prima e della seconda guerra mondiale, inorridiscono di fronte alle camere a gas e ai gulag di Solgenitsin. Sono le nazioni responsabili degli orrori del totalitarismo, dell'antisemitismo e del razzismo: Germania e Italia, sicuramente, ma anche Francia, Gran Bretagna, Belgio e Olanda impegnate a gestire la difficile fase della decolonizzazione. Queste, infatti, proprio allora, si scoprono responsabili del nazionalismo ottocentesco e del dominio industriale rapace, imposto al mondo intero, fino alla disfatta, parziale, della prima guerra mondiale e a quella, totale, della seconda.

La Germania deve rinunciare alle miniere, che hanno reso potente il Reich[24], l'Italia è a perpetuo rischio di guerra civile, in quanto faglia tra i due blocchi contrapposti e osservata speciale, a causa della forte presenza comunista (attentato a Togliatti). La Francia, con De Gaulle, deve guarire le ferite del collaborazionismo nazista e, soprattutto, promuovere la decolonizzazione ormai insopportabile (Indocina e Algeria), così anche il Belgio (Congo) e l'Olanda (Indonesia)[25].

3.3. Insieme contro la violenza e il terrorismo

La necessità della pace viene riaffermata con il trattato di Roma del 1956, segnato da due eventi amaramente emblematici: l'invasione dell'Ungheria, da parte dell'Unione sovietica, e l'inizio del conflitto israelo-palestinese, che accende un focolaio di guerra infinito nel centro del Mediterraneo. In quello stesso anno, 1956, si produce l'ultimo atto imperialistico congiunto di Stati Uniti e Unione Sovietica, che bloccano l'opposizione di Francia e Inghilterra alla nazionalizzazione del Canale di Suez da parte di Nasser. Con la necessità di ricorrere ai carri armati per fermare le piazze di Budapest (1967), il sistema sovietico inizia già a dare i primi segnali di cedimento, avviando la progressiva alterazione dello stesso equilibrio URSS-USA[26].

L'alleanza di Roma per la pace e la collaborazione permette all'Europa di superare la serie di crisi provocate dal logoramento di tale assetto bipolare: la guerra israelo-palestinese dello Yom Kippur, che scatena la crisi del petrolio (1973); la guerra del Vietnam (1960-1975), con l'avvio della stagione dei terrorismi: Brigate Rosse, Bader-Meinoff, l'Eta e l'Ira. La medesima alleanza consente all'Unione Europea di affrontare positivamente anche gli eventi successivi al crollo del muro di Berlino, emblema della disgregazione del blocco sovietico: la guerra in Iraq, del 1990, le guerre nella ex Jugoslavia, fino agli attentati dell'11 settembre 2001 e le successive guerre in Afghanistan e in Iraq.

[23] P. *S. GRAGLIA*, *Altiero Spinelli*, *Bologna*, *il Mulino*, *2008*.
[24] E. COLOTTI, *Storia delle due Germanie*, Torino, Einaudi, 1968.
[25] G. MAMMARELLA, *Storia d'Europa da 1945 ad oggi*, Bari, Laterza, 1992.
[26] G. GALASSO, *Storia d'Europa*, 939-959.

3.4. L'allargamento dell'unione europea

Sull'onda dell'euforia per la capitolazione del blocco sovietico, simboleggiata dal crollo del muro di Berlino (1989), si produce l'allargamento a Oriente della compagine europea, con l'aggiunta di altri dieci paesi. Il 1° maggio 2004, l'Europa non si è soltanto "riunita", ma, come ricorda Romano Prodi, presidente della commissione europea dal 1999 al 2004[27], si è "unita", perché per la prima volta nella sua lunga storia, di fatto, tutti i Paesi europei hanno assunto la libera decisione di appartenere a un'unica entità, non perché soggiacenti ad un dominio degli uni sugli altri, ma su una base di parità[28]. Il collasso dei regimi comunisti dà impulso alla riorganizzazione politica, economica e perfino quotidiana di quei Paesi che, per cinquant'anni, avevano dovuto girare le spalle all'Europa e ora sentono di ritrovare in essa il loro punto di riferimento naturale[29]. L'entusiasmo è tale da sopire perfino le crisi profondissime dovute alla radicalità delle trasformazioni, imposte a livello sociale e identitario: disparità di standard di vita, difficoltà di adattamento alle differenti visioni e interessi.

3.5. Il miraggio del benessere

L'Europa di Schengen (1996), che liberalizza la circolazione delle persone, e quella della moneta unica (2001), che agevola la circolazione dei beni, quella della costituzione e della ricerca dell'unica identità politica, sulla base del mercato comune, galvanizza specialmente le economie dei Paesi provenienti dall'ex Unione sovietica, che avevano sperimentato il baratro della recessione[30]. Essi assaporano, così, una prosperità senza precedenti, che tocca il culmine nel 2000 e gradualmente si stabilizza fino al 2007. L'Occidente europeo applica, nei loro confronti, politiche di coesione e di integrazione, mediante operazioni di delocalizzazione di impianti a basso costo, di manodopera e di estensione di reti di subfornitura, da parte di industrie manifatturiere e, in particolare, automobilistiche.

3.6. Economia padrona

Il grande successo economico dell'Europa allargata matura, però, sull'onda di una globalizzazione non scevra da ambiguità. Questa elimina, è vero, il bipolarismo degli antichi blocchi URSS/USA, ma apre anche la strada a nuovi fenomeni di terrorismo, come, ad esempio, l'attentato dell'11 settembre, che innesca tutta una serie di attentanti di matrice fondamentalista, da cui ancora non vediamo la via di uscita. Interviene, poi, l'influsso della deregolamentazione nord americana, che condurrà alla crisi finanziaria del 2008[31]. Si rafforza, così, la convinzione che il mercato sia l'unica istituzione funzionante, da preferire perfino alle stesse esigenze della politica nazionale, e, dunque, alla necessità di costruire una unione politica e culturale: lo spazio della fratellanza umana di Spinelli. Dopo che la globalizzazione polverizza i confini nazionali, l'economia sembra farla da padrona, non solo sul piano politico, ma anche su quello culturale. Nemmeno il criterio di sostenibilità sociale, figurarsi quello di sostenibilità ambientale, riescono a porre un freno al dominio dell'economia liberale neocapitalista, che depreda il mondo intero.

---

[27] Commission of the European Communities, 2004, *Fostering Structural Change: an Industrial Policy for an Enlarged Europe*, 274 final, aprile;

[28] R. PRODI, *La mia visione dei fatti. Cinque anni di governo in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008.

[29] P. *BIANCHI* e Sandrine *Labory*, *The Economic Importance of the Intangible Assets*, London, Ashgate, 2004.

[30] Commission of the European Communities, 2005, *Implementing the Community LisbonProgramme: a Policy Framework to Strengthen EU Manufacturing Towards a More Integrated Approach for Industrial Policy*, 474, Ottobre.

[31] La creazione della bolla finanziaria, che ha determinato il crollo delle borse nel 2008, è costituita nell'immediato dalla deregolamentazione dell'economia, che, per lo sviluppo del mercato edilizio, ha ridotto i tassi di interesse. Approfittando dell'interesse ridotto, le famiglia si sono indebitate per l'acquisto di una casa e, poi, si sono trovate incapaci di pagare le insolvenze e hanno cominciato a vendere, facendo crollare il mercato immobiliare. Sono crollate quindi le banche che avevano fornito i prestiti e sono dovuti intervenire gli Stati, che, per salvare le banche, sono ricorsi all'aumento del debito pubblico, fino a rischiare la bancarotta degli stessi Stati. L. AVAGLIANO, *Il liberismo e la società americana nell'età della destra*, Milano, F. ANGELI, 2009; P. KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, Garzanti, 2009; L. GALLINO, Finazcapitalismo. L'età del denaro in crisi, Torino, Einaudi, 2011.

3.7. Nuovi nazionalismi

Tutto si infrange con la crisi economica del 2008. Il crollo del sistema creditizio riaccende i nazionalismi, che si affrettano ad intraprendere misure protezionistiche, rinunciando alle promesse del libero scambio, assioma della globalizzazione: la Gran Bretagna nazionalizza le banche e la Francia concede incentivi solo alle imprese automobilistiche nazionali. Lo stesso farà Trump, con tasse e dazi, nei confronti dell'industria automobilistica tedesca. A patire maggiormente le conseguenze della crisi americana del 2008, sono chiaramente i Paesi dell'ex blocco sovietico, fautori dell'Europa allargata del 2004, quella del grande successo economico[32]. Essi, infatti, vedono ora compromesse le esportazioni verso l'Unione europea, per la caduta della domanda, e, inoltre, temono la rilocalizzazione con il ritorno delle imprese occidentali, prima posizionate nei loro Paesi[33]. Nella delusione per il fallimento delle aspettative economiche, affiorano i malumori sopiti fino a quel momento sottocoperta: difficoltà politiche di adattarsi alle differenti visioni e ai differenti interessi; acute crisi interne, specialmente intergenerazionali, dovute al ritmo imposto dalla modernizzazione occidentale di marca consumistica.

3.8. Tribalizzazione

Nel turbine di questa crisi, l'Europa gioca la sua ultima carta con il trattato di Lisbona del 2007, ma entrato in vigore nel 2009[34]. L'accordo intende rilanciare uno sviluppo legato alla conoscenza, all'ambiente e all'educazione, ma incontra le principali resistenze all'interno della stessa Europa. Prevale, così, la politica degli Stati nazionali, nella convinzione che, per attuare i cambiamenti adeguati al superamento della crisi sia sufficiente il livello nazionale. Schengen e non solo Lisbona, l'Europa allargata e lo stesso trattato di Roma sembrano ideali lontani e irrealizzabili. Si cede alla furia irragionevole della smobilitazione, che concede licenze per accordi tra singoli governi nazionali. Sempre più indeboliti dal tarlo che divora l'unità tra Stati, essi precipitano verso la frammentazione, che incentiva, a sua volta, regionalismi ed etnie pericolosissime. Torna a prevalere il principio dello Stato nazionale, come criterio di riferimento unico, per l'azione politica, che rimane soggiogata da spinte autonomistiche, espresse da comunità locali[35].

3.9. Crisi inedita

A differenza di tutte le altre crisi, questa trova un'Europa incapace di riscoprire lo stimolo per la collaborazione, che fino a Lisbona, aveva permesso di cimentarsi positivamente nella soluzione di difficoltà politiche ed economiche assai onerose. Che non sia proprio il concetto di Stato e di democrazia, di cittadinanza il punto da cui partire per la ricostruzione di una solidarietà, senza la quale si prospetta solamente l'estinzione? La stessa crisi ecologica, crisi planetaria - perché tocca tutti e perché non è risolvibile senza il concorso di tutti -, esige una globalizzazione della solidarietà. Al

---

[32] Come afferma infatti il Rapporto della Missione del Fondo Monetario Internazionale in Bulgaria del 22 Aprile 2009: "*As a result of the global turmoil, capital flows to Eastern Europe have declined. Western European banks are no longer providing new funding to their local subsidiaries, and private sector credit growth has slowed, in many countries to near zero. Consequently, domestic demand growth has also slowed, and has in many countries become negative. At the same time, demand for Eastern Europe's exports has shrunk, as its principal trading partners are in recession. With both exports and domestic demand shrinking, GDP in the region is declining.*" Press Release No. 09/134, Statement by the IMF Staff Mission to Bulgaria, April 22, 2009, https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr09134.

[33] C. DI FILIPPO, *Delocalizzazione e rilocalizzazione delle imprese nel conteso della globalizzazione*, tesi di laurea in Storia dell'encomia e dell'impresa, preso la Libero Università Internazionale degli Studi sociali (LUISS), anno accademico 2014-2015, https://tesi.luiss.it/15123/1/177191.pdf.

[34] P. *BIANCHI* e Sandrine *Labory*, 2006a, *The International Handbook of Industrial Policies,* London, E.Elgar, 2006; Ibid., *Empirical Evidence on Industrial Policy Using State Aid Data*, in "International Review of Applied Economics", 20,5 (2006), 603-621.

[35] M. C. MARCHETTI, *L'Europa della crisi. Materiali e documenti* 46. *Studi politici*, Roma, Sapienza University Press, 2019 http://www.editricesapienza.it/sites/default/files/5923_Marchetti_Europa_della_crisi_OA.pdf. Id., L'Europa dei cittadini. Cittadinanza e democrazia nell'Unione Europea, Politica - Studi Milano, F. ANGELI 2015.

contrario, purtroppo, di quanto accaduto in questi giorni a Madrid, gli accordi del 2015 a Parigi, cui ha concorso la stessa Laudato si' di Papa Francesco[36], rappresentano uno dei traguardi più alti, mai raggiuti dalla politica della solidarietà. In questa occasione il mondo intero si era impegnato a sottoscrivere i 17 obbiettivi per lo sviluppo sostenibile, osando postulare l'eliminazione della povertà estrema e della disuguaglianza sociale, la promozione della pace, oltre a misure per arrestare il riscaldamento climatico, causa principale della crisi ambientale. La solidarietà è il futuro, perché l'unica alternativa ad essa è l'ostilità, l'egoismo che esprime una logica di esclusione, di guerra e di morte.

4. Conclusione: l'etica dell'ospitalità

La solidarietà è il futuro stesso della democrazia, che, mediante una pratica dell'ospitalità reciproca, viene liberata dall'illusione dell'autosufficienza[37]. Solo l'ospite, infatti, può liberare dalla prigionia dell'autoreferenzialità, infrangere lo specchio di una identità narcisistica, incapace di relazione. Solo l'ospite induce alla pratica della solidarietà, basata sul reciproco riconoscimento, esito della reciproca accoglienza. L'ospitalità non è, infatti, un imperativo morale, un impegno etico, ma è un'opportunità per essere sciolti dai vincoli del proprio solipsismo, culturale, religioso, sociale[38]. Una legge sull'immigrazione, che trasformasse l'ospitalità in imperativo etico, sarebbe contraria all'ospitalità stessa e, quindi, contraria alla solidarietà[39]. Essa annullerebbe, cioè, la dirompenza dell'appello che viene dall'altro, il differente, lo straniero, che bussa alla mia porta. La sua sollecitazione, infatti, mi impegna a rispondere (esercizio della responsabilità) e quasi mi obbliga a uscire da un mondo di schemi precostituiti, a farmi interrogare e perfino inquietare dalla novità, che è lui stesso, e a creare, eventualmente, spazi nuovi di accoglienza, a rinnovare la mia stessa identità; meglio, a farla maturare verso un compimento, esito della relazione, che è impatto stesso con la differenza dell'alterità. Un ragionamento analogo potrebbe valere anche per la legge sulla sicurezza. L'una e l'altra sono naturalmente necessarie per governare l'anarchia, ma entrambe dovrebbero avere la caratteristica della legge sull'ospitalità; altrimenti ci priverebbero dell'opportunità di un rinnovamento, dell'apertura al futuro, del coinvolgimento nel dinamismo della Storia. La legge sull'ospitalità, infatti, è testimonianza della nostra limitata capacità di accoglienza e, quindi, sprone al superamento dei nostri condizionamenti. Leggi sulla sicurezza e sull'immigrazione, invece, spesso tradiscono un radicale rifiuto dello spirito di ospitalità, incentivando una certa ipocrisia, mascherata da progressismo sociale. In una società in continua trasformazione, a motivo inizialmente della globalizzazione e ora delle migrazioni, una società che sulla spinta dei flussi migratori diventa sempre più plurale, culturalmente e anche religiosamente, solo una etica dell'ospitalità può fare avanzare l'ideale democratico, trasformando la democrazia in fraternità[40], come auspicato anche dalla carta di Abu Dhabi[41].

---

[36] "Lo scorso giovedì 26 novembre, durante il Suo discorso al Centro dell'ONU di Nairobi, il Santo Padre ha fatto ampi riferimenti alla COP-21, auspicando che essa si concluda con l'adozione di un Accordo globale e "trasformativo", fondato sui principi della solidarietà, della giustizia, dell'equità e della partecipazione, orientato al conseguimento di tre obiettivi complessi e interdipendenti: alleviare gli impatti del cambiamento climatico, combattere la povertà, far fiorire la dignità della persona umana. Sarebbe tragico, ha aggiunto, che gli interessi particolari prevalgano sul bene comune e portino specialmente a manipolare l'informazione. P. PAROLIN, segretario di stato della Sede Apostolica, *Intervento alla XXI conferenza della Stati parte della convenzione*, 30 Novembre 2015, http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/parolin/2015/documents/rc_seg-st_20151130_parolin-cop-21_it.html.

[37] Sulla natura dello straniero in connessine con la costruzione D. DI CESARE offre stimolati riflessioni: *Stranieri residenti*. Una filosofia della migrazione, Torino, Bollati Boringhieri, 2017.

[38] P. SGROI, *Per una etica dell'ospitalità*, in *Teologia dell'ospitalità*, Biblioteca di teologia contemporanea 196, a cura di M. DAL CORSO, Brescia, Queriniana, 2019, 77-91.

[39] J. DERIDA – A. DUFOURMANTELLE, *Sull'ospitalità*, Milano, Baldini e Castoldi, 2000; P. RECOEUR, *Amore e giustizia*, Brescia, Morcelliana, 2000.

[40] B. SALVARANI, *L'ospitalità come sfida. Suggestioni in vista di una teologia pubblica*, in *Teologia dell'ospitalità*, 159-178.

[41] G. PEREROSSI, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

Le condotte di evasione fiscale tra misure di prevenzione e pericolosità qualificata

Tax evasion conduct between prevention measures and qualified hazards

di *Stefania Buglioni*[1]

Abstract: Oltre cento miliardi di evasione fiscale secondo gli ultimi dati del Ministero dell'Economia e delle Finanze Italiano hanno originato misure di contrasto all'allarmante fenomeno, tra cui la prevenzione patrimoniale come disciplinata dal cosiddetto "Codice Antimafia", d.lgs. 159/2011, orientato a scovare i grandi evasori ed aggredire capitali illecitamente accumulati. L'articolo esamina anche i presupposti applicativi della confisca di prevenzione, quali la pericolosità del soggetto, il tenore di vita, la disponibilità di beni e la sproporzione tra patrimonio accumulato e redditi dichiarati analizzando, infine, la questione della fittizia intestazione.

Abstract: *More than a hundred billion tax evasion according to the latest data of the Italian Ministry of Economy and Finance have originated measures to counter the alarming phenomenon, including the prevention of assets as regulated by the so-called "Anti-Mafia Code", legislative decree No. 159/2011, aimed at tracking down large evaders and attacking illicitly accumulated capital. The article also analize the application assumptions of prevention confiscation, such as the dangerousness of the subject, the standard of living, the availability of goods and the disproportion between accumulated assets and declared income, finally analyzing the question of the fictitious header.*

Sommario: 1. Le misure di prevenzione patrimoniale: evoluzione normative – 2. Presupposti applicative – 2.1. Pericolosità comune – 2.1.1. Giudizio di legittimità CEDU sulla pericolosità comune – 2.2. Pericolosità sociale – 2.3. Pericolosità qualificata – 2.4. Presupposti oggettivi – 2.5. Le presunzioni di fittizia intestazione – 3. Gli evasori fiscali e l'applicazione delle misure di prevenzione – 3.1 L'inclusione degli evasori fiscali nei soggetti "socialmente pericolosi" e il concetto di evasione fiscale "grave e abituale" – 3.2. La recente evoluzione giurisprudenziale sul tema – 3.3. La fraudolenza quale carattere distintivo delle condotte di evasione fiscale in rapporto alla disciplina della prevenzione

1. Le misure di prevenzione patrimoniale: evoluzione normative

Le misure di prevenzione, nate con l'obiettivo di limitare la libertà delle persone ritenute pericolose, al fine di renderne più agevole la vigilanza da parte dell'Autorità di Pubblica Sicurezza, hanno esteso, nel tempo, la loro applicazione anche alla sfera patrimoniale dei soggetti pericolosi, così amplificando notevolmente l'azione di contrasto nei riguardi dei beni accumulati illecitamente, dei quali è stata resa possibile l'apprensione a prescindere dal previo accertamento della responsabilità penale.

Per questo motivo, tali misure rappresentano oggi uno degli strumenti più dibattuti dell'ordinamento italiano, trattandosi di un istituto che deve conciliare, da un lato l'esigenza di prevenire reati e, dall'altro, la limitazione delle libertà fondamentali dell'individuo disposta indipendentemente dalla commissione di un illecito (M. De Longis & C. Fatta, marzo 2017). Per queste peculiarità, l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione è stato più volte oggetto di rivisitazione da parte del legislatore, di recente nuovamente intervenuto sulla specifica materia per effetto della legge n. 161 del 17 ottobre 2017 (recante "*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*"). Le modifiche apportate hanno riguardato non solo il sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ma anche la disciplina dell'amministrazione, gestione e destinazione dei

[1] Dottoressa in Economia Aziendale.

beni e del sistema di tutela dei terzi.

Volendo ripercorrere sommariamente l'evoluzione storica e normativa di questa disciplina, si può senz'altro affermare che la prima, significativa, svolta arrivò con la legge n. 646/1982 - c.d. legge Rognoni-La Torre (approvata solo dopo l'assassinio del suo promotore On. Pio La Torre e del Gen. Alberto Dalla Chiesa, Prefetto di Palermo) - attraverso l'inserimento nella legge n. 575/1965 di numerose disposizioni che, ancora oggi, consentono il sequestro e la confisca dei beni "indiziariamente" di provenienza illecita nella disponibilità, diretta o indiretta, degli indiziati di appartenenza alla mafia.

Constatata, nel tempo, l'efficacia dello strumento nei confronti degli indiziati di mafia, si è assistito al progressivo ampliamento del perimetro soggettivo delle misure di prevenzione, nei confronti di ulteriori categorie di pericolosità, con riguardo dapprima alla prevenzione dei fenomeni sovversivi, poi agli indiziati di appartenenza ad associazioni dedite allo spaccio di sostanze stupefacenti ed alle persone dedite a traffici delittuosi, o che vivano col provento di gravi delitti (legge n. 55/1990).

Successivamente, il cerchio, è stato ancora allargato agli indiziati dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., ovvero a tutti i reati di competenza della DDA – Direzione Distrettuale Antimafia –, nonché alle persone pericolose "semplici" di cui alla legge n. 1423/1956 (d.l. n. 92/2008), alle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità (ad esempio il favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione, tratta di esseri umani, contrabbando) ed, infine, ai soggetti di cui alla l. n. 94/2009, cioè allontanati o espulsi da uno Stato appartenente (o non) all'Unione Europea, o privi di qualsivoglia cittadinanza.

Detto ciò, l'evidenza legislativa secondo cui le misure patrimoniali in questione, in forza del c.d. "*principio di accessorietà*", potevano essere adottate solo unitamente alla misura di prevenzione personale, aveva finito per manifestare i propri limiti applicativi, con particolare riguardo ai casi di morte del proposto all'applicazione nel corso del procedimento.

Tale evento, infatti, impediva la confisca dei beni non soltanto quando fosse stato proposto il mero indizio, ma anche in ipotesi di raggiungimento della prova dell'acquisizione illecita del bene.

In questo senso, la modifica più importante recata dal citato d.l. n. 92/2008 riguarda proprio la rimozione del principio di accessorietà, con l'introduzione della possibile applicazione disgiunta delle misure patrimoniali rispetto a quelle personali.

Con legge delega n. 136 del 2010, viene poi previsto un ampio intervento diretto a ridisciplinare il comparto delle misure di prevenzione patrimoniali, mediante la ricognizione e la modifica delle disposizioni di riferimento e l'introduzione di specifici strumenti di tutela dei terzi.

Si giunge, così, all'approvazione del d.lgs. n. 159/2011, c.d. "*Codice antimafia*", che, in attuazione della predetta delega, prevede l'applicabilità della confisca a tutti i destinatari delle misure di prevenzione personali, così come riviste ed ampliate, sancendo il principio secondo cui a fronte di qualsiasi categoria di pericolosità delineata dal legislatore, la prevenzione vada necessariamente perseguita, anche sottraendo il patrimonio illecitamente accumulato.

Questo rende chiaro perché sequestro e confisca di prevenzione, nel tempo, abbiano assunto una tipizzazione nella locuzione di "*misure di prevenzione patrimoniali*".

Occorre, a questo punto, sgombrare subito il campo da eventuali equivoci: le misure di prevenzione sono cosa diversa dalle misure di sicurezza (art. 202 c.p.), le quali trovano applicazione solo nei confronti di persone *"che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato"*. Per questo motivo, sovente si rilega alle citate misure una natura amministrativa e non sanzionatoria né, tantomeno, possono ritenersi misure surrogate alla repressione penale, inattuabile per mancanza di presupposti probatori di carattere penale.

Le "misure di prevenzione patrimoniali" sono disciplinate dal Titolo II, Libro I, del d.lgs. n. 159/2011 e consistono, segnatamente:

- nel sequestro (art. 20): si tratta di un provvedimento cautelare emesso dall'Autorità giudiziaria, *inaudita altera parte*, diretto a sottrarre provvisoriamente i beni al destinatario della misura, o a coloro che li detengono per suo conto, con affidamento a un organo dello Stato che li amministra nel corso del procedimento in cui si accertano gli eventuali presupposti della confisca. Il sequestro di

prevenzione ha, infatti, natura cautelare (Corte Costituzionale, sentenza n. 465/93 e Corte di Cassazione, sentenza n. 41153/10) ed è diretto ad assicurare gli effetti della confisca di prevenzione di beni di illecita provenienza, pericolosi per il rapporto che li lega con i soggetti socialmente pericolosi in grado di disporne. La norma dispone che il Tribunale ordini, anche d'ufficio, il sequestro dei beni di cui il soggetto proposto alle misure di prevenzione risulti poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore è sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si abbia motivo di ritenere che gli stessi siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. All'esito del procedimento, il bene può essere restituito o espropriato definitivamente in favore dello Stato;
- nella confisca (art. 24): con la confisca, successivamente al sequestro che, come detto, pone in essere solo una provvisoria perdita di possesso, si realizza la definitiva ablazione dei beni del proposto. Tali beni, cioè, sono tolti dalla sua disponibilità in quanto, a cagione della loro illecita provenienza, inquinano l'economia e agevolano la manifestazione di pericolosità dello stesso soggetto. Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cassazione penale, Sezioni Unite, sentenza n. 36/2001) la confisca di cui al Codice antimafia non ha natura sanzionatoria, ma preventiva, attuando il trasferimento coattivo del bene al patrimonio dello Stato a seguito del provvedimento cautelare.
- nella cauzione (artt. 31 e 32): la cauzione consiste nel versamento nelle casse erariali di una somma di denaro e può essere obbligatoria o facoltativa. In particolare, assume carattere di obbligatorietà quando è disposta nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (Cassazione penale, Sezioni Unite, sentenza n. 36/2001). Il d.lgs. n. 159/2011, superando la precedente regolamentazione, disponeva l'applicazione indistinta della cauzione, cioè l'esecuzione della stessa nei confronti di qualsiasi categoria di pericolosità sociale. La Corte Costituzionale (con sentenza n. 218/1998) ha, invece, successivamente, stabilito che *"condizione di validità"* della cauzione è la valutazione differenziata delle diverse condizioni economiche dei soggetti interessati, che risulta sempre rivedibile con la revoca, totale o parziale, applicabile in caso di *"incapacità economica"* del proposto:
- nell'amministrazione giudiziaria di beni personali (art. 33): il Codice antimafia delinea questa ulteriore tipologia di misura di prevenzione patrimoniale, con esclusione dei beni destinati all'attività produttiva o professionale, indirizzata nei confronti di persone pericolose cc.dd. "semplici", dedite a traffici delittuosi o che vivono col provento di delitti, nonché dedite alla commissione di reati contro la pubblica sicurezza e la pubblica moralità (art. 4, lett. c, del d.lgs. n. 159/2011);
- nell'amministrazione connessa ad attività economiche e delle aziende (art. 34): questo procedimento si articola in due fasi:
1) amministrazione giudiziaria dei beni, con lo scopo di impedire che una determinata attività economica, che presenti connotazioni agevolative del fenomeno mafioso o sia sottoposta a condizioni di intimidazione o assoggettamento di consorterie malavitose, determini o possa determinare un utile strumento di ausilio, sia sul piano economico che sotto il profilo del controllo del territorio e del mercato, in favore di quei sodalizi criminali indirizzati all'espansione verso settori leciti;
2) eventuale successiva confisca che, ovviamente, interviene qualora, all'esito della fase di amministrazione giudiziaria, emergano elementi idonei a far ritenere che quei beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, risultando realizzata un'obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa lecita e attività criminali.

Alla luce di quanto fino ad ora analizzato si può ben comprendere come la *ratio* delle misure di prevenzione patrimoniale sia chiaramente quella di colpire le accumulazioni illecite di tutte le persone giudicate pericolose, con riferimento alla c.d. *pericolosità sociale*.

2. Presupposti applicativi

2.1 Pericolosità "comune"

Per quanto attiene all'adozione di misure di prevenzione (personali e patrimoniali), il Codice antimafia individua categorie di tipizzata pericolosità (presupposto soggettivo) alle quali dover preventivamente e necessariamente ricondurre il proposto. Tra queste è possibile effettuare una *summa divisio* tra soggetti aventi una *"pericolosità qualificata"* e soggetti connotati da una *"pericolosità comune"* (F. Basile, 2015).

La "*pericolosità comune*" (o generica), tradizionalmente rilevante per ciascuna condotta in violazione della pubblica sicurezza, attiene ai soggetti individuati nell'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 (Libro I, Titolo I, relativo alle Misure di prevenzione personali). Nell'ambito di essa trovano collocazione:

1) *coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;*

2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;

3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio (di cui all'articolo 2), nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Va sottolineato che per integrare il giudizio di "*pericolosità comune*" e giungere, quindi, all'applicazione della misura di prevenzione, un requisito fondamentale è la continuità del soggetto a perpetrare condotte illecite contro la pubblica sicurezza; condotte riferibili a delitti e non a mere contravvenzioni. Ed è altresì necessario che il soggetto si sostenga, in modo abitudinario ed esistenziale, anche solo in parte, con il ricavato di attività provenienti da delitto, anche di carattere tributario.

2.1.1 Giudizio di legittimità CEDU sulla pericolosità comune

L'accresciuta, nel tempo, portata applicativa del concetto di "pericolosità" - quale presupposto soggettivo delle misure di prevenzione - ha, di recente, riacceso una diatriba giurisprudenziale e dottrinale in merito al concetto di "pericolosità comune", che ha avuto inizio con la nota sentenza De Tommaso della Grande Camera della Corte Europea del 23 febbraio 2017, riaprendo, di fatto, il dibattito interno e sovranazionale sulle scelte politico criminali concernenti le misure orientate alla prevenzione dei reati.

Per la prima volta la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 23 febbraio 2017, ha messo in discussione l'astratta compatibilità della disciplina italiana con i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Fino ad allora, infatti, la Corte CEDU aveva sostanzialmente riconosciuto la coerenza della normativa domestica in materia di misure di prevenzione con i principi CEDU (De Longis M. & Fatta C., 2017). In tale circostanza, invece, i giudici di Strasburgo, nell'esaminare un caso avente ad oggetto esclusivamente la misura di prevenzione personale inerente la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, ha ritenuto la stessa lesiva della libertà di circolazione tutelata dall'art. 2 prot. 4 CEDU, nella specifica ipotesi in cui essa venga imposta sulla base di una delle fattispecie di "pericolosità comune" di cui all'art. 1 del Codice antimafia.

Più precisamente, la Corte europea ha denunciato un difetto di tassatività e prevedibilità nella legislazione nazionale che disciplina le misure di prevenzione personali, sia nella descrizione dei presupposti applicativi dell'art. 75 del d.lgs. n. 159/2011, che nell'indicazione dei contenuti prescrittivi della sorveglianza (Cisterna A., 2017). Quanto ai presupposti applicativi, i giudici di Strasburgo hanno affermato che "*nonostante il fatto che la Corte Costituzionale sia intervenuta in*

diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la legge né la Corte Costituzionale hanno individuato chiaramente le prove fattuali o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione". La CEDU ha ritenuto, pertanto, che la legge in questione non contenga "*disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società*". Si statuisce, quindi, che l'interferenza derivante dalla normativa interna con la libertà riconosciuta alla persona dalla Convenzione CEDU si fonda su norme di legge che non presentano i requisiti di chiarezza, precisione e completezza precettiva richiesti dalla medesima Convenzione e, pertanto, la compressione della libertà prevista dall'art. 2 del protocollo addizionale n. 4 non è fondata sulla legge (cioè non è fondata su una legge in possesso dei requisiti richiesti dalla Convenzione), così determinandosi la violazione della Convenzione.

Il quadro appena descritto conferma, dunque, le problematiche connesse alla disciplina delle misure di prevenzione e che la legge antimafia, di fatto, continui ad essere "insidiosa" in riferimento alla descrizione dei comportamenti concreti che dovrebbero costituire il fondamento del giudizio di pericolosità, lasciando ai giudici ampi margini di discrezionalità. Non resta, dunque, che attendere le riflessioni della Corte Costituzionale circa la conformità della normativa in trattazione ai principi esposti dalla CEDU, ovvero eventuali modifiche che il legislatore riterrà di apportare all'attuale normativa.

2.2 Pericolosità "sociale"

Il concetto di "pericolosità sociale" ha prerogative diverse dal concetto di "pericolosità comune" (art. 1 d.lgs.159/2011) che, come visto nei paragrafi precedenti, interessa i soggetti dediti alla commissione di delitti e rilevante, quindi, anche per l'applicazione delle misure di prevenzione personali.

Un giudizio di *"pericolosità sociale",* invece, non può mai sfociare in una misura di prevenzione a carattere personale, ma solo "patrimoniale". Ecco perché per l'applicazione della confisca e delle altre misure di prevenzione patrimoniale sono necessari ulteriori e specifici presupposti soggettivi e oggettivi.

In particolare, è sul piano soggettivo che risiede l'elemento discriminante tra i due concetti di pericolosità: le misure di prevenzione patrimoniale non presuppongono la commissione di un reato, a differenza di quelle personali, ma postula una condizione individuale di *"pericolosità sociale"*, con riferimento alle categorie soggettive enucleate nell'art. 16, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159/2011.

Invero, l'individuazione delle categorie dei soggetti proposti alle misure di prevenzione patrimoniale si ricava da una lettura combinata ed "a ritroso" degli articoli 16 e 4 del più volte citato del decreto.

A ritroso, perché iniziando la lettura dall'art. 16 si ha subito contezza del fatto che i soggetti ivi indicati siano certamente destinatari di una "*misura di prevenzione patrimoniale"* essendo, questo articolo, il primo del Titolo II (Libro I) ad esse dedicato. Analogamente, la lettera *a)* del medesimo articolo, rimanda ai destinatari dell'art. 4 (Titolo I, Libro I *"Misure di prevenzione personali"*), ovvero ai soggetti indiziati (non ancora colpevoli) di taluni reati.

La seconda categoria dell'art. 16, contraddistinta dalla lettera *b),* è rivolta, invece, alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

È, dunque, evidente come il legislatore abbia voluto segnatamente individuare le singole categorie di pericolosità, per renderle più determinate e tangibili e non fondate su elementi vaghi ed incerti, così da non incorrere in censure di illegittimità costituzionale, sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività (art. 25 Costituzione), evitando giudizi soggettivi ed arbitrari, basati

sulla valutazione del modo di essere della persona, ovvero sul disvalore sociale o morale della sua condotta. Ecco perché il requisito soggettivo, imprescindibile, per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale è la riconducibilità della persona ad una delle categorie delineate dal legislatore. In mancanza di ciò, la strada della confisca di prevenzione non è in alcun caso percorribile.

Se gli accertamenti posti in essere dalle competenti autorità dovessero portare ad un risultato positivo in merito all'appartenenza del soggetto proposto ad una delle categorie sopra descritte, automaticamente si è accertato che quel soggetto è connotato da *"pericolosità sociale"*.

La pericolosità sociale, intesa "*in senso lato*", comprende l'accertata predisposizione al delitto, nei confronti di persona nei cui confronti non si sia raggiunta la prova di reità.

Consiste, infatti, in una valutazione globale dell'intera personalità del proposto, risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita e da un accertamento, persistente nel tempo, di un comportamento illecito e antisociale, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza, pur se non vi siano elementi per ritenere che abbia commesso reati. La prova, infatti, nelle misure di prevenzione, non potrà mai coincidere con quella penale per la diversità dei loro oggetti: il giudizio di pericolosità sociale, nel primo caso; la colpevolezza di un soggetto rispetto ad uno specifico fatto di reato, nel secondo.

Di conseguenza, mentre nel processo penale viene richiesta la certezza o la gravità degli indizi di prova, nel procedimento di prevenzione basta invece la prova indiziaria, dovendo formulare un giudizio prognostico, in termini probabilistici, in ordine alla commissione futura di un reato. Resta inteso, ovviamente, che l'accertamento di tale requisito debba avvenire solo sulla base di elementi di fatto, che siano sintomatici e rivelatori di tale pericolosità, sulla base di comportamenti obiettivamente identificabili, di circostanze oggettive, fattuali, dovendosi perciò escludere sospetti, illazioni, congetture e quanto non oggettivamente estrinsecabile.

Un'altra peculiarità sulla maturazione del giudizio di "pericolosità sociale", rispetto al giudizio di "pericolosità comune", è rappresentata dalla pericolosità immanente della *res* confiscata e dalla correlazione temporale che intercorre tra l'acquisto del bene e la manifestazione della pericolosità del soggetto.

Secondo l'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 "l*e misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione*". In altri termini, il legislatore italiano ha inteso ribadire che l'applicazione della confisca di prevenzione non può prescindere, certamente, dalla condizione di pericolosità sociale del prevenuto, ma si può prescindere dalla verifica, in concreto, dell'esistenza di quel presupposto al momento della presentazione della relativa richiesta; il che comporta, in sede applicativa, che non è necessaria l'attualità di tale condizione.

La pericolosità sociale, infatti, è collegata direttamente alla *res* confiscata come conseguenza dell'illegittimità della sua acquisizione al patrimonio del prevenuto, inerendo così geneticamente alla stessa condizione di illiceità del bene giuridico, quindi di pericolosità. Chiarite le ragioni che impongono di ritenere la *res* confiscata caratterizzata da una pericolosità sociale "immanente", occorre affrontare il problema della correlazione temporale tra l'acquisto del bene e la manifestazione di tale pericolosità.

In proposito, va evidenziato come non sia necessario che l'inciso sia socialmente pericoloso al momento dell'attivazione dei poteri ablatori, essendo invece necessario accertare tale condizione soggettiva esclusivamente al momento di acquisto della *res* confiscata, riscontrata la quale il bene ha già, comunque, acquisito quella connotazione di immanente pericolosità su cui ci si è soffermati.

Questa conclusione deriva proprio dall'apprezzamento dai presupposti della confisca di prevenzione descritti nei paragrafi precedenti, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecite ed è pienamente coerente con la natura preventiva dello strumento ablatorio. L'acquisizione ablatoria di beni di provenienza illecita può, quindi, considerarsi legittima soltanto quando risponde all'interesse generale di rimuovere dal circuito economico beni acquistati illegalmente. Ne consegue che, sul piano delle garanzie difensive, l'apprensione coattiva di beni mediante confisca di prevenzione è esente da criticità sul versante della

sintonia con i principi costituzionali, che rimane assicurata dal riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di controprova in merito alla legittimità dell'acquisto della *res* (A. Centonze, www.magistraturaindipendente.it 2017).

La conseguenza di quanto detto è che, differentemente da quanto visto per le misure di prevenzione personali per le quali è necessario appurare la persistenza della pericolosità del soggetto, anche al momento della richiesta dell'applicazione della misura, per la confisca di prevenzione è sufficiente accertare la pericolosità anche solo al momento dell'acquisto del bene, così conferendogli la connotazione di immanenza.

La più importante ed inedita novità, è che, recentemente, nell'ambito del concetto di "pericolosità sociale", così come appena analizzato, si collocano le applicazioni giurisprudenziali delle misure di prevenzione nei confronti di persone giudicate pericolose, appartenenti all'area dei c.d. "*colletti bianchi*" che, al pari delle figure tradizionalmente destinatarie delle misure, vivono, anche in parte, di traffici delittuosi o del provento di delitti, come, ad esempio, l'evasore fiscale abituale.

A questo proposito, la prima, rivoluzionaria, applicazione di un provvedimento "antimafia" (in quanto disciplinato dal d.lgs. 59/2011) ad una condotta di evasione fiscale è racchiusa in una sentenza del Tribunale di Chieti, risalente a luglio 2012, ove si legge, tra l'altro, la proposta della misura di prevenzione della Procura della Repubblica di Lanciano (www.penalecontemporaneo.it, 2012). Per la prima volta, infatti, un evasore fiscale, figura sino ad ora non rilevante per le questioni di pubblica sicurezza, è rientrato, invece, nel perimetro applicativo di una misura di prevenzione patrimoniale (antimafia).

Secondo i giudici abruzzesi, infatti, i suoi comportamenti reiterati nel tempo (concetto di abitualità), sulla base di elementi di fatto (l'accertata commissione di reati tributari), determinano una condotta di vita (vivono, anche in parte) alimentata da proventi di attività delittuose fra le quali, per l'appunto, i reati di natura fiscale come, ad esempio, dichiarazione fraudolenta, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, fatture per operazioni inesistenti, bancarotta fraudolenta, fallimento.

Simili nuovi cardini interpretativi possono rendere straordinariamente efficaci le misure di prevenzione patrimoniale nei confronti di soggetti dediti abitualmente (in questo caso applicazione congiunta della misura di prevenzione personale e di quella patrimoniale) o che tali siano stati (in questo caso, invece, applicazione della sola misura patrimoniale) alla commissione di delitti di natura fiscale, ovvero di reati di natura economico-finanziaria. Siamo, quindi, al cospetto di uno strumento di ampio impatto che, operando al di fuori di un contesto penale, consente, anche solo sulla base di un giudizio di "pericolosità sociale", di aggredire i beni del proposto che risultano sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta (F. Menditto, www.penalecontemporanteo.it 2016). Strumento, ritenuto legittimo sia dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 106/2015) che dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), ritenendo, almeno sino alla sentenza "Marandino" del 1991, la disciplina in esame non contraria ai principi fondamentali posti a tutela della persona.

2.3 Pericolosità "qualificata"

L'altro profilo emergente dal Codice antimafia, necessario a consolidare un giudizio di pericolosità e procedere, quindi, all'attuazione della misura di prevenzione patrimoniale, è costituito dalla "pericolosità qualificata". Essa è esplicitata nell'articolo 4 (relativo alle misure di prevenzione personali) e, automaticamente, nell'articolo 16, (con estensione, quindi, anche alle misure di prevenzione patrimoniali) ed è connessa, in particolare, alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Nello specifico si tratta di soggetti:

- indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafioso ex articolo 416 bis del codice penale;
- indiziati di uno dei reati rientranti nella competenza della Direzione Distrettuale Antimafia di cui all'articolo 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale, del delitto di trasferimento fraudolento di valori e del delitto di assistenza agli associati mafiosi di cui all'articolo 418 del codice penale, ivi

inserito ad opera della legge 17 ottobre 2017, n. 161.

Come si può ben osservare in relazione a queste due specifiche fattispecie, è sufficiente l'*indizio* della commissione del reato, non occorrendo la prova della penale responsabilità dello stesso. Il termine *indiziato* sta a indicare "*la qualificata probabilità*" di commissione del reato, solo in parte assimilabile ai gravi indizi di colpevolezza necessari per l'emissione della misura cautelare, se in presenza di un reato.

A tal proposito, è ancora una volta evidente come la sostanziale diversità tra procedimento penale ed procedimento di prevenzione rilevi sotto il profilo del grado e del tipo di prova circa il dato della partecipazione del soggetto all'associazione criminale, ovvero alla commissione del reato: nel procedimento di prevenzione, a differenza di quello penale, non si richiedono elementi tali da indurre a un convincimento di certezza, essendo sufficienti, come detto, circostanze fattuali, che conducano a un giudizio di ragionevole probabilità circa l'appartenenza del soggetto al sodalizio criminoso o la commissione dei reati previsti. In sostanza, nel procedimento di prevenzione è sufficiente che il soggetto sia indiziato di appartenere (condotta antisociale) ad una associazione mafiosa, mentre nel procedimento penale va dimostrata l'appartenenza ad essa (commissione del reato).

Nella prima categoria si possono annoverare anche le nuove fattispecie relative ai soggetti indiziati dei delitti di peculato, concussione, associazione a delinquere con finalità corruttive, nonché i soggetti indiziati del delitto di "Atti persecutori" di cui all'art. 612-bis c.p.

La disciplina prevede, tra l'altro, ulteriori categorie di pericolosità, precisamente: quella riferita a fenomeni di eversione e terrorismo e quella riferita ad episodi di violenza in occasioni sportive (art. 4, comma 1, lettere *e) f) g) h) i) ibis).* Di recente il legislatore ha ulteriormente ampliato il novero dei soggetti passivi del sistema di prevenzione inserendo altre due categorie. Esse, in particolare, sono riferite ai soggetti indiziati del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione (a finalità corruttive).

2.4. Presupposti oggettivi

Abbiamo visto, sino ad ora, i presupposti soggettivi delle misure di prevenzione, mettendo a fuoco le possibili sfaccettature del concetto pericolosità (comune e sociale) e tratteggiando ciascuna categoria entro cui il soggetto deve rientrare per diventare destinatario di una misura di prevenzione personale, piuttosto che patrimoniale.

Relativamente alle misure preventive patrimoniali, la loro applicazione non dipende solo dalla sfera soggettiva del proposto, ma anche da elementi oggettivi, tangibili, che si riferiscono alle disponibilità di beni (mobili o immobili) in capo a lui. I presupposti oggettivi, infatti, consistono:

a) nella disponibilità, diretta o indiretta, del bene da parte del proposto;

b) nella sufficienza indiziaria della provenienza illecita del bene;

c) nella sproporzione rispetto al reddito dichiarato.

La disponibilità, diretta o indiretta, dei beni in capo al proposto, va intesa in senso sostanziale, e di essa va data la prova. La definizione di disponibilità evoca la volontà del legislatore di ampliare le possibilità di intervento, andando oltre il concetto civilistico di proprietà e/o di possesso. Il Codice antimafia recepisce una nozione sostanziale, estesa a tutti i beni che rientrano nella sfera giuridico-economica della persona, andando oltre il dato dell'intestazione formale. La stessa Corte di Cassazione ha precisato che il concetto di disponibilità non presuppone una relazione materiale con il bene, riferendosi anche a tutte quelle situazioni in cui la persona agisce *uti dominus*, anche se tale potere è esercitato tramite colui che ha il concreto godimento del bene (Cass. pen. sez. II, sent. n. 6977 del 23 febbraio 2011). Tale nozione vi ricomprende infatti, sia le ipotesi di disponibilità diretta dei beni sia quelle di disponibilità indiretta. La disponibilità diretta non presenta particolari problemi, desumendosi dalla formale titolarità. Non occorre dimostrare la titolarità che il proposto abbia di un bene, ma è sufficiente provare che ne determini la destinazione o l'impiego.

I modelli più elementari di ricognizione della ricchezza in sede di accertamenti patrimoniali antimafia ricorrono nelle ipotesi di identità soggettiva tra persona indagata e titolarità ufficiale dei

beni o, come spesso accade, quando i beni rientrino nel novero della cerchia familiare "ristretta" dell'indagato (coniuge, figli e altre persone conviventi). In questo caso, infatti, l'individuazione dei beni non richiede normalmente il ricorso a moduli investigativi complessi e invasivi, essendo sufficiente attivare gli ordinari accertamenti presso le banche dati e gli uffici pubblici demandati alla conservazione dei dati, eventualmente integrati con mirate indagini finanziarie onde appurare la presenza di attività/disponibilità finanziarie in capo all'indagato e ai propri familiari.

Una notazione specifica meritano gli accertamenti da esperire nei confronti dei soggetti facenti parte del nucleo familiare del soggetto direttamente indagato, in quanto uno dei più diffusi e insidiosi sistemi di mimetismo e occultamento dei beni di derivazione illecita è rappresentato dall'intestazione o trasferimento fittizi della proprietà del bene, in cui si realizza una "dissociazione" tra la titolarità formale e apparente del bene e la titolarità o disponibilità effettiva dello stesso. Tale fenomeno è stato tenuto ben presente dal legislatore antimafia fin dai primi approcci all'aggressione patrimoniale introducendo, seppur con una previsione molto generica, un sistema capace di colpire anche i beni di terzi che si trovino nella disponibilità del soggetto indagato, così da impedire l'elusione delle misure patrimoniali derivante da intestazioni fittizie dei beni a terzi o dalla creazione di società di comodo.

Tra questi, il primo livello di collegamento soggettivo preso in considerazione dal Legislatore ha riguardato, per l'appunto, il coniuge, i figli e coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con l'indagato. L'estensione *ex lege* degli accertamenti ai soggetti facenti parte del nucleo familiare dell'indiziato deriva proprio dalla constatazione, del tutto ovvia già nella fase "preistorica" di applicazione della legislazione patrimoniale antimafia, che il più semplice e tradizionale sistema di occultamento dei beni illeciti consiste nell'intestazione ai più diretti familiari realizzata senza ricorrere a particolari artifici.

Si tratta di una metodologia di dissimulazione oramai quasi completamente abbandonata dai soggetti mafiosi, anche di più basso profilo criminale, vista la facilità di rilevazione dei beni nella fase ricognitiva ma, soprattutto, l'agevole riconducibilità degli stessi beni al soggetto indagato attraverso una presunzione *iuris tantum*. Nei confronti del coniuge, dei figli e dei conviventi del proposto opera, infatti, una presunzione legale relativa di disponibilità indiretta dei beni, (che può, quindi, essere superata attraverso la prova contraria fornita dagli interessati) desumibile dal dettato normativo dell'art. 19 e basata sul dato di comune esperienza secondo cui il proposto è in grado di esercitare una signoria di fatto o comunque di avere la disponibilità di beni solo formalmente intestati a individui sottoposti alla sua "soggezione" in virtù dello stretto vincolo parentale e/o di convivenza esistente. Ne consegue che, attualmente, gli accertamenti patrimoniali sui prossimi congiunti possono essere eseguiti automaticamente dagli investigatori non tanto nella speranza di trovare beni a loro intestati dall'indagato, quanto per avere una visione complessiva del quadro economico, patrimoniale e finanziario dell'intero nucleo familiare da utilizzare in un contesto investigativo più ampio e articolato.

In ogni caso, laddove dovesse emergere l'esistenza di beni intestati al coniuge o ad altro familiare convivente, alla luce del delineato quadro giurisprudenziale, l'interposizione fittizia di persona è ritenuta sussistente, come detto, sulla base di una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, a meno che non risulti già in sede di accertamento l'effettiva riconducibilità dell'acquisto al familiare predetto e/o la congruità rispetto ai redditi derivanti dall'attività di lavoro da questo svolta. Si tratterà, pertanto, di ricostruire la posizione reddituale del familiare intestatario del bene, attraverso il semplice utilizzo delle banche dati, onde provare l'incongruenza tra il valore del bene e il reddito dichiarato.

Nel caso, invece, di disponibilità indiretta, è necessario provare che, al di là della formale intestazione del bene, il proposto ne risulti l'effettivo *dominus* in quanto il concetto di disponibilità non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma deve essere esteso, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene medesimo ricada nella sfera degli interessi economici del soggetto, anche se costui eserciti il proprio potere su esso per il tramite di altri che pure ne godano direttamente. La prova della disponibilità indiretta deve essere rigorosa (poiché si va ad incidere sul diritto di proprietà di una terza persona – art. 42 della Costituzione), ma può essere fornita anche sulla base dei requisiti della gravità,

precisione e concordanza, che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale dell'intestazione a terzi e, corrispondentemente, del permanere della disponibilità dei beni nell'effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto. Tali requisiti sono, appunto, idonei a costituire prova indiretta della disponibilità.

La giurisprudenza non differenzia la natura dell'onere "probatorio" nel momento del sequestro o della confisca, ma in quest'ultima fase, col pieno esplicarsi del contraddittorio, a fronte della prova offerta dall'organo proponente e ritenuta idonea dal Tribunale in sede di sequestro, i terzi intestatari (apparenti titolari), possono fornire elementi diretti ad inficiare la ricostruzione accusatoria (esercitando la "facoltà di difendersi") attraverso l'introduzione nel procedimento non della prova di elementi a discolpa, ma di temi o tracce di prova la cui indicazione ritengano utile a fini difensivi. Non si tratta di "inversione dell'onere della prova", ma di mero onere di allegazione, pur se il tema o la traccia offerta devono apparire verosimili e congruenti.

Sul terzo, quindi, non grava una *probatio diabolica*, poiché dovrà indicare temi o tracce di prove, per dare giustificazione della disponibilità di risorse economiche commisurate al valore del bene (Cass. pen. sez. II, sent. n. 6977 del 23 febbraio 2011). Egli potrà perfino dimostrare il possesso di risorse adeguate, allegando redditi illeciti. A differenza del proposto, infatti, egli non deve dimostrare la provenienza legittima, ma solo la disponibilità del bene, anche provando di averlo acquistato con risorse di origine illecita, ferme restando le altre conseguenze di legge che derivano dalla sua allegazione (Cass. pen. sez. II, sent. n. 2181 del 6 maggio 1999 "Sannino"). Per essere attendibile, il terzo non si può limitare ad affermazioni generiche, ma deve fornire prove documentate o almeno riscontrabili sul piano logico o fattuale (estratti c/c; depositi bancari; successioni ereditarie; contabilità parallele; ricevute nominative di vincite al gioco), altrimenti difficilmente riuscirà a dimostrare la sua buona fede, ovvero della sua estraneità all'attività illecita del proposto.

L'esistenza di sufficienti indizi tali da far ritenere che i beni siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego. Tale requisito presenta uno standard probatorio inferiore alla prova, ed è costituito da quegli indizi che, in misura sufficiente, conducano alla genesi illecita dei beni o al loro reimpiego. La sufficienza indiziaria è data soprattutto dall'elemento, non è l'unico ma certamente è il principale, della sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità (diretta o indiretta) del proposto e i suoi redditi e le attività da lui svolte.

L'art. 20 del D.lgs.159/2011, infatti, prevede che oggetto di sequestro di prevenzione, ad esempio, possano essere, oltre ai beni di cui si disponga in valore sproporzionato, anche quelli che, sulla base di sufficienti indizi, si ritiene *"[...] siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".* L'utilizzazione di tale formula ampia, pone in luce la volontà del legislatore di dilatare l'oggetto delle misure di prevenzione patrimoniali in modo da ricomprendere non solo quanto rappresenta il provento di determinate attività illecite, ma anche ciò che costituisce il risultato del reinvestimento di tali proventi. Rientrano, dunque, tra i "frutti" suscettibili di confisca:

- i risultati empirici delle azioni criminose, intendendosi come tali le cose che vengono create, trasformate o acquisite mediante il reato;
- le utilità economiche conseguite per effetto della realizzazione dell'illecito penale.

I beni che presentano una correlazione indiretta con la condotta criminosa, consistendo nell'impiego in attività imprenditoriali, rientrano nella nozione di "reimpiego", con la quale si intende, difatti, ogni forma di utilizzazione ovvero di investimento in attività economiche o finanziarie dei beni di provenienza illecita. In tal modo, risultano incluse nell'ambito della confisca di prevenzione non solo le più varie fattispecie concrete di utilizzo ovvero di sostituzione di beni illegalmente acquisiti, ma anche:

- tutte le ipotesi di immissione di beni di provenienza illecita (diretta o indiretta) nei normali circuiti economici e finanziari;
- i casi di persistente uso illecito di ricchezze accumulate in epoca anteriore all'entrata in vigore della normativa;
- le situazioni in cui una determinata iniziativa imprenditoriale abbia potuto sorgere o espandersi grazie all'inserimento del suo titolare nell'organizzazione mafiosa ed ai vantaggi di natura illecita di

conseguenza ottenibili. In tal caso, evidentemente, l'oggetto della confisca sarà costituito dall'intera azienda, la quale può costituire di fatto il "frutto" di attività illecite a monte. Più in particolare, possono formare oggetto delle misure di prevenzione:
- il danaro o il diverso prodotto materiale ottenuto con lo svolgimento di un'attività illecita (come, ad esempio, il traffico di stupefacenti o le estorsioni);
- i beni acquistati con il danaro ricavato dall'attività illecita, rientranti anch'essi nel concetto di "frutto";
- i beni comunque acquisiti con ulteriori operazioni rivolte ad ottenere utilità economiche dai proventi frutto delle attività illecite. Rientrano in tale categoria, non solo i beni nei quali i primi siano stati semplicemente convertiti, ma anche i prodotti di attività economiche, per lo più imprenditoriali, impiantate, almeno prevalentemente, con l'impiego di proventi illeciti.

È evidente che tale requisito amplia la sfera di intervento sui patrimoni mafiosi, presentando, rispetto alla confisca allargata di cui all'art. 240 bis del c.p. *"Confisca in casi particolari*", il vantaggio di trovare più varchi operativi, anche nel caso in cui, pur in assenza di sproporzione, sussistano sufficienti indizi che depongano in favore della provenienza illecita di tutti i beni o di una parte di essi. Si pensi, ad esempio, alle forme più sofisticate di reimpiego dei proventi di illecite attività, in cui è curata perfettamente la tenuta delle scritture contabili e la regolarità della posizione fiscale, in modo da creare un'apparenza legale. La dichiarazione di un collaboratore di giustizia sull'apporto finanziario mafioso in un'attività economica apparentemente regolare, integrata per il completamento del sufficiente quadro indiziario, potrebbe, ad esempio, sostenere la confisca dei beni o di una parte di essi. Ben più difficilmente lo stesso risultato si potrebbe conseguire con la confisca allargata di cui al nuovo art. 240-bis c.p., in cui la sproporzione è elemento cardine della presunzione di illecita provenienza dei beni. La giustificazione del patrimonio sarebbe opponibile con il reddito derivante dall'attività economica svolta, in modo apparentemente regolare. Solo complessi accertamenti sulla ricostruzione dei movimenti economico - finanziari o la prova (e non sufficienti indizi) della illecita provenienza dei capitali potrebbero superare l'esteriore regolarità economico-contabile. Ovviamente, considerato il dettato della norma, per procedere alla successiva confisca nel caso di ipotesi di frutto o reimpiego, non basterà la "sufficienza indiziaria" che aveva legittimato il sequestro, ma sarà necessario che "risulti" che i beni costituiscano "frutto o reimpiego". Pur nell'inerzia difensiva del prevenuto, non potranno confiscarsi i beni che si ritengono frutto o reimpiego, se tali non siano "risultati" dalle ulteriori attività istruttorie. Il verbo "risultare" impone difatti un livello probatorio più elevato, con un meccanismo di progressione delle acquisizioni probatorie simile a quello del processo penale, nel quale la sufficienza indiziaria è richiesta per l'adozione di misure cautelari, ma è necessario uno standard più elevato per l'affermazione della responsabilità, richiedendo, perlomeno, la prova indiziaria ex art. 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi, concordanti); ciò *"[...] non vuol dire che deve essere fornita la prova del nesso causale tra uno specifico bene e un determinato reato e, quindi, la prova dei crimini dai quali derivino i profitti, ma soltanto che l'accusa faccia emergere una serie di circostanze concrete (tali da fondare una prova indiziaria) da cui emerga l'origine illecita e la* mancanza di una giustificazione alternativa".

La sproporzione. La prova dell'origine illecita dei beni, può essere fornita, tra l'altro, attraverso la dimostrazione della sproporzione del loro valore rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta. La sproporzione opera come presunzione *iuris tantum*, costituendo un indizio che i beni sono "frutto di attività illecite" o ne "costituiscono il reimpiego". Essa consente un'agevolazione dell'onere della prova, al fine evidente di rendere più efficace il contrasto alla criminalità organizzata, colpendola nell'aspetto per loro più rilevante: l'accumulo delle ricchezze illecite. Il calcolo della sproporzione si effettua raffrontando il valore dei singoli beni con il reddito del soggetto pericoloso dichiarato a fini fiscali e/o quello delle sue attività economiche. L'accertamento segue un iter logico, che ha inizio con l'individuazione del patrimonio nella disponibilità del proposto (o viceversa con l'accertamento del reddito). Questa è un'operazione particolarmente complessa per la varietà delle fonti di reddito, il frequente ricorso a prestanome o ad altre forme di occultamento del patrimonio, anche con transazioni internazionali. A tale fine, oltre alle consuete interrogazioni delle banche dati a disposizioni delle forze di polizia (Camera di

Commercio, Anagrafe tributaria, Catasto, Conservatoria Immobiliare, ACI, Motorizzazione), assume particolare rilievo la lettura degli atti dei procedimenti penali (in particolare i provvedimenti giudiziali e degli atti di indagine), nell'ottica differente delle indagini patrimoniali, da cui si possono ricavare importanti informazioni sui beni nella disponibilità del proposto, sulla origine delle risorse e sulle intestazioni fiduciarie. Nel compendio patrimoniale vanno considerati l'insieme dei beni immobili, mobili registrati, società, disponibilità finanziarie (conti correnti, titoli, con tributi statali), a qualsiasi titolo nella disponibilità del proposto. I beni devono essere valutati secondo i valori di mercato ricorrendo a parametri oggettivi (es. per i beni immobili, la borsa immobiliare). La valutazione dei beni, in mancanza di riferimenti certi, comporta un certo margine di discrezionalità da parte dell'organo proponente, che rende spesso necessario, nella fase successiva al sequestro, la nomina di un perito, per una più precisa ponderazione dei valori. Dopo aver ricostruito il patrimonio, si dovrà determinare il reddito del proposto (o viceversa il patrimonio), che rappresenta il secondo termine del raffronto. La normativa vigente indica, come parametri di riferimento, quelli del reddito dichiarato ai fini fiscali e dell'attività economica svolta. I due criteri hanno un rapporto alternativo, per cui una volta accertata la sproporzione rispetto al reddito dichiarato al Fisco non occorre un'ulteriore verifica rispetto all'attività economica. Il riferimento all'attività economica comporta quindi, un'integrazione del reddito qualora quello effettivo sia superiore a quello dichiarato ai fini fiscali. Ciò si spiega per l'esistenza di alcuni redditi che possono essere legittimamente dichiarati in misura forfettaria, con valori inferiori rispetto a quelli reali (attività agraria; utili sociali) e di altri che sono perfino esentati dall'obbligo di dichiarazione (redditi di capitali, ricavato di vendite o donazioni). Una volta determinato il totale delle fonti dei redditi e degli impieghi, si potrà procedere al calcolo della sproporzione effettuando la somma algebrica di tali valori, con riferimento al momento dell'acquisto di ogni singolo bene.

2.5 Le presunzioni di fittizia intestazione

Alcune presunzioni (relative) semplificano, come anticipato, l'onere probatorio gravante sull'organo proponente, nella fase del sequestro, e sul Giudice, nella fase della confisca, relativamente alla dimostrazione della disponibilità indiretta dei beni in capo al proposto.

Con l'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 159/2011, infatti, il Legislatore ha previsto una presunzione *iuris tantum* agganciata alla natura delle persone coinvolte o degli atti, tale da consentire di individuare una disponibilità indiretta dei beni in capo al proposto. Viene fatto espresso riferimento a determinate categorie di soggetti per i quali non occorre alcuno specifico accertamento sulla disponibilità indiretta, poiché si presuppone che il proposto faccia in modo che i beni illecitamente ottenuti appaiano formalmente nella disponibilità giuridica delle persone di maggiore fiducia, sulle quali, pertanto, grava l'onere di dimostrare l'esclusiva disponibilità del bene, per poterlo sottrarre alla confisca. Va considerata, inoltre, un'importante novità inserita dal legislatore nel nuovo Codice antimafia, che prevede l'introduzione di una presunzione relativa di fittizia intestazione con riferimento a quei beni che l'indiziato ha ceduto/intestato nei due anni precedenti la proposta della misura di prevenzione, al ricorrere di una serie di condizioni soggettive ed oggettive. In effetti, dopo aver disciplinato, al comma 1, la sorte dei negozi giuridici da cui trae origine la fittizia intestazione dei beni, stabilendo che il giudice con il decreto che dispone la confisca ne dichiara la nullità, al comma 2 la norma introduce delle ipotesi presuntive di interposizione fittizia precisando che, ai fini di cui al comma 1, fino a prova contraria si presumono fittizi:

- i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

- i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione.

Facendo riferimento a "trasferimenti e intestazioni", il Legislatore ha evidentemente inteso ricomprendere nell'ambito di operatività delle presunzioni delineate ogni atto idoneo ad attribuire ad

altri la titolarità formale del bene, con massima valorizzazione, dunque, della *ratio* antielusiva della norma. Inoltre, la massima di esperienza a base delle presunzioni di cui alla lett a), dell'art. 26 si fonda sulla natura dei rapporti tra i protagonisti degli atti considerati, mentre quella a base delle presunzioni di cui alla lett. b) risiede nella peculiare natura degli atti e nella prossimità temporale alla proposta. Si tratta di un nodo interpretativo molto delicato, peraltro, non superato dalla Legge 20 maggio 2016, n. 76, sulla *"Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", che involge la decodificazione del concetto di convivenza che non deve necessariamente accompagnarsi ad un legame sentimentale e richiede un apprezzamento in concreto della durata, onde stabilire se davvero ci si trovi in presenza di una convivenza dotata del requisito della stabilità.

Con riferimento al limite temporale dei due anni, la giurisprudenza ha precisato che l'operatività delle presunzioni *ex* art. 26 deve intendersi limitata al biennio che precede la proposta di applicazione della sola misura di prevenzione patrimoniale dovendo escludersi la possibilità, nel caso di proposte disgiunte, di estendere la presunzione anche all'arco temporale che intercorre dal biennio precedente alla pregressa proposta di applicazione della misura di prevenzione personale fino all'inizio del biennio precedente la proposta di applicazione della confisca.

Le presunzioni in argomento non si applicano, inoltre, nel caso di una pluralità di atti traslativi, quando il primo di essi sia stato effettuato antecedentemente al biennio dalla proposta della misura di prevenzione, ferma restando la confiscabilità dei beni, ove si riesca a dimostrare la riconducibilità della sequela di atti traslativi all'intervento dell'originario proponibile e, dunque, la perdurante disponibilità in capo allo stesso dei cespiti. Onde evitare la dilatazione oltremisura dell'ambito di applicazione delle presunzioni di legge, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza De Angelis del 2016, hanno chiarito che le presunzioni di fittizietà degli atti di disposizione previste dall'art. 26, comma 2, riguardano esclusivamente gli atti posti in essere dal proposto e non anche quelli dei successori. Ed invero, le previsioni del comma 2 del citato art. 26 sono disgiunte da quella di cui al comma 1, nel senso che alla portata generale di quest'ultima, valida per tutti i casi di interposizione fittizia, segue l'articolazione di un duplice meccanismo di presunzioni *iuris tantum*, operanti in relazione ad evenienze specificamente individuale dal Legislatore sulla base di predeterminati limiti di ordine soggettivo e temporale, ovvero modulati sulla considerazione della peculiare tipologia dell'atto (intestazione gratuita o fiduciaria).

Il meccanismo delle presunzioni – legato alla relazione che lega determinati soggetti al proposto – riveste quindi una portata eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica al rapporto tra l'erede ed i suoi stretti congiunti. Tali presunzioni costituiscono uno straordinario strumento a disposizione dell'accusa nella fase relativa all'individuazione del compendio patrimoniale direttamente e/o indirettamente riferibile all'indiziato, in vista della successiva confisca di prevenzione. Pertanto, nel corso degli accertamenti di prevenzione finalizzati all'individuazione del complesso patrimoniale facente capo all'indiziato, occorrerà rilevare tutti gli atti traslativi dallo stesso posti in essere nei due anni antecedenti la proposta. Una volta individuati detti atti traslativi, si dovrà accertare se gli stessi siano stati posti in essere a titolo oneroso o a titolo gratuito. Nel caso di cessione a titolo oneroso, se l'atto è avvenuto a favore:

- dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado, degli affini entro il quarto grado, sarà operativa, salvo prova contraria, la presunzione di fittizia intestazione per cui il bene andrà ricondotto in capo all'indiziato, ricomprendendolo nel complesso patrimoniale da sottoporre al successivo giudizio di sproporzione in vista della conseguente misura ablativa;
- di soggetti terzi diversi da quelli di cui all'alinea precedente, la presunzione legale di interposizione fittizia non sarà applicabile, per cui il bene non potrà essere attratto dalla speciale misura ablativa, salvo provare la fittizia intestazione del bene secondo gli ordinari canoni probatori ed investigativi.

Nelle ipotesi di cessione a titolo gratuito o fiduciario, sarà sempre operante la presunzione legale relativa di fittizio trasferimento per cui, salvo prova contraria, il bene oggetto dell'atto traslativo andrà sempre ricondotto in capo all'indiziato e ricompreso nel compendio patrimoniale da sottoporre al successivo giudizio di sproporzione. Come accennato, un efficace elemento di portata

presuntiva in ordine alla disponibilità indiretta dei beni da parte del proposto è costituito proprio dall'incapacità patrimoniale del terzo di acquisire la titolarità dei beni, aspetto che assume elevato valore sintomatico di fittizietà quando il terzo abbia un particolare legame col proposto. Nella pratica, tale situazione si verifica quando il valore dei beni di cui si afferma l'intestazione fittizia risulti sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dagli intestatari o, comunque, che non vi sia connessione alcuna tra detta attività e una preesistente disponibilità economica.

3. Gli evasori fiscali e l'applicazione delle misure di prevenzione

3.1 L'inclusione dell'evasore fiscale tra i "soggetti socialmente pericolosi" e il concetto di evasione fiscale "grave e abituale"

Recentemente – mancando nel quadro normativo descritto riferimenti a specifiche tipologie d'illecito di natura fiscale – si è sviluppata una linea interpretativa giurisprudenziale tesa ad includere l'evasore fiscale (sentenza già citata del Tribunale di Chieti del 2012) tra i soggetti socialmente pericolosi, nell'ambito dell'applicazione delle misure di prevenzione antimafia (Mastrodomenico G. & Sacchetti L., 2017). Questo trova una ragionevole spiegazione se si pensa alla duplice funzione che possono assumere le violazioni fiscali: da una parte la funzione "*servente*", in quanto i proventi dell'abuso fiscale sono quasi sempre direttamente correlati e servono all'illecito reimpiego di capitali, dall'altra parte la funzione di "*termometro*", in quanto, secondo le più recenti esperienze investigative, agli illeciti fiscali ne sono spesso collegati altri di maggior rilevanza criminale come, ad esempio, l'usura o la corruzione. Va detto che la sistematica evasione fiscale, integrante condotte che rientrino nell'area dell'illecito penale, in linea generale, potrebbe rientrare nella categoria di pericolosità delineata dall'art. 1, del d.lgs. n. 159/2011, riferita al soggetto che viva col provento di attività delittuosa, tale considerandosi il profitto dell'evasione fiscale. In definitiva, quindi, il proposto può essere oggetto di misure di prevenzione per il solo presupposto che egli – pur non appartenendo a specifiche consorterie criminali, o pur non essendo collegato, neppure indirettamente, con associazioni mafiose – abbia sistematicamente violato le disposizioni tributarie, sempreché detto comportamento assuma gravità tale da essere considerato delitto ai sensi del d.lgs. n. 74/2000, la nuova disciplina sui reati tributari. La misura di prevenzione patrimoniale dovrà, quindi, basarsi:
- sull'abitudine alla commissione di delitti economico-finanziari o all'evasione fiscale;
- sulla circostanza che la persona oggetto dell'indagine tragga da tali delitti, anche solo in parte, le risorse economiche necessarie per il proprio mantenimento.

Sembrerebbe assumere importanza, pertanto, il fatto che l'evasore fiscale possa essere ritenuto "*soggetto abitualmente dedito a traffici delittuosi*", nella misura in cui sia sufficiente accertare la provenienza illecita del patrimonio, comunque riconducibile al medesimo.

Si deve, in realtà, osservare come lo stesso art. 1 del Codice antimafia vada invece recepito in modo più rigoroso rispetto a quanto appena detto, dato che i fatti effettivamente rilevanti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale sono solo quelli in cui si riscontri un'ipotesi di reato. Non è sufficiente, infatti, una sistematica violazione di norme tributarie per l'applicazione della misura, ma è necessario che le condotte abitudinarie (non semplicemente occasionali e sporadiche) assumano rilevanza penale qualificata, dovendo necessariamente versare in ipotesi connotate da rilevante gravità e, pertanto, sanzionate a titolo penale.

In buona sostanza, la pericolosità sociale relativa all'evasore deve avere una condotta grave ed abituale (Menditto & Faberi, 2012), così da far ritenere che lo stesso sia assoggettabile:
- a forme di controllo diretto, atte a prevenire la commissione di altri reati della stessa specie;
- a misure ablative di natura patrimoniale, riferite ai beni illecitamente acquisiti nella fase di sviluppo della stessa pericolosità sociale.

Sotto il profilo procedurale, pertanto, tali misure richiedono un rigoroso accertamento sull'esistenza dei presupposti di applicabilità della misura nei confronti della persona che vive, anche in parte, con i proventi dell'attività delittuosa.

3.2 La recente evoluzione giurisprudenziale sul tema

La disciplina normativa sulle misure di prevenzione, instaurandosi, come detto, in una fase *ante-delictum,* quindi prima dell'incriminazione penale, è stato oggetto di numerose rivisitazioni da parte del legislatore, che ha voluto rafforzare, pur senza la prova di reità, l'applicazione e l'efficacia delle stesse misure. Le recenti modifiche al Codice antimafia, introdotte dalla già citata legge n. 161 del 2017, hanno infatti contribuito a perfezionare l'impianto normativo a presidio di questa disciplina, proprio per garantire maggior incisività ed efficacia alle misure di contrasto, personali e patrimoniali, nonché di regolamentare la fase della amministrazione giudiziaria dei beni e delle società sottoposti a provvedimento ablativo.

In merito, la legge n.161 cit., ha definitivamente risolto e chiarito la *vexata quaestio* connessa alla sostenuta possibilità, per i soggetti colpiti dalla misura in parola, di giustificare la provenienza dei beni allegando che gli stessi fossero il frutto dell'evasione fiscale di attività lecitamente svolte. Ebbene, la stessa legge sancisce come il proposto per la misura di prevenzione o il condannato non possa giustificare la legittima provenienza dei beni, sostenendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento dell'evasione fiscale (sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 29 maggio 2014). In effetti, la giurisprudenza di legittimità, negli ultimi anni, si è pronunciata su molteplici importanti questioni, come pure quella della correlazione temporale col giudizio di pericolosità sociale, ovvero se tale giudizio debba riferirsi al momento dell'acquisto del bene da sottoporre ad ablazione, oppure se debba essere attuale anche al momento della richiesta di applicazione del provvedimento. A questo proposito, la Suprema Corte, con sentenza n. 12638 del 25 marzo 2015, ha stabilito che la confisca di prevenzione presupponga l'accertata pericolosità del proposto solo all'epoca dell'acquisto dei beni oggetto del provvedimento ablatorio. Non occorre, dunque, che sia attuale al momento della richiesta, a differenza delle misure di prevenzione personali. Quanto, poi, alla nozione di pericolosità sociale, secondo gli Ermellini la medesima va intesa in senso lato e comprende da una parte, la semplice immoralità non costituente reato e, dall'altro, l'accertata predisposizione al delitto, ovvero la presunta vita delittuosa di una persona, connotata da una plausibile e rilevante evasione fiscale ripetuta negli anni, anche nei casi in cui non sia stata raggiunta una prova certa di reità. La Corte di Cassazione si è espressa anche relativamente alla necessità che alla base della richiesta di applicazione della misura patrimoniale vi siano condotte di evasione fiscale qualificabili a titolo penale. A tal proposito, si deve fare riferimento alla pronuncia resa, in tema di confisca per sproporzione, dalla Corte di Cassazione, Sezione V, n. 6067 del 9 febbraio 2017.

La sentenza, in particolare, rileva con chiarezza come sia onere del giudice motivare la confisca di prevenzione in ordine alla configurazione di delitti in materia tributaria e di una sistematica sottrazione al pagamento delle imposte, non bastando la mera constatazione della sproporzione tra reddito dichiarato e patrimonio a consentire l'ablazione dei proventi di tale illecita condotta in sede di prevenzione (A. Faberi, 2017). Ancor più di recente, sempre la Corte di Cassazione, con sentenza n. 40552 del 6 settembre 2017, ha confermato la confisca di prevenzione di alcuni immobili e conti correnti di un soggetto (e del coniuge) ritenuto responsabile, tra l'altro, del reato di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e del reato di usura, nonostante il procedimento penale non fosse ancora giunto al termine con la condanna definitiva del medesimo responsabile.

Le suindicate misure di prevenzione, in particolare, venivano motivate stante l'accertata pericolosità sociale del soggetto, in quanto orientato stabilmente – come ricostruito dai giudici di merito – alla consumazione di reati ed a vivere con i proventi di tali reati. Altro elemento di interesse rilevato nella sentenza *de qua* riguarda, poi, l'affermata, e peraltro già affrontata questione sulla piena autonomia dei due tipi di procedimenti – quello penale e quello di prevenzione – con conseguente ampia libertà di cognizione da parte del giudice della prevenzione, nell'apprezzamento degli atti probatori tratti dai procedimenti penali ancora in corso.

3.3. La *fraudolenza* quale carattere distintivo in rapporto alla disciplina di prevenzione

Stando alle linee ermeneutiche giurisprudenziali sopra riportate, diventa comprensibile come l'accertamento della predisposizione al reato sia un punto imprescindibile ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione. Per questo motivo, è di fondamentale importanza disporre di strumenti legislativi tesi a questo tipo di accertamento e che possano, quindi, condurre ad una giusta applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale. L'impianto normativo di riferimento, in questo caso, è il già citato d.lgs. n. 74/2000, cioè la nuova disciplina dei reati tributari. L'importanza di questo decreto nasce dal fatto che in esso sono contenute talune fattispecie caratterizzate da profili di fraudolenza, strutturalmente serventi alla realizzazione degli scopi di qualsivoglia attività criminale. Ammettendo i più ampi margini di dissimulazione, infatti, sono proprio le fattispecie "fraudolente" quelle che meglio si predispongono per la creazione di fondi neri, utilizzabili tanto per ulteriori finalità illegali come, ad esempio, la corresponsione di tangenti a fini corruttivi e/o altri rilevanti investimenti fuori legge, quanto per il reimpiego di capitali illeciti in contesti imprenditoriali apparentemente leciti. Ecco perché la recente riforma del diritto penal-tributario, disposta con il d.lgs. n. 158 del 2015, ha inteso differenziare in modo netto le fattispecie connotate da elementi di fraudolenza da quelle, invece, prive di tale connotato, con lo scopo di calibrare il dispositivo di contrasto penale in un'ottica di maggior rilevanza criminale delle prime rispetto alle seconde. Evidentemente, infatti, la "fraudolenza" riferita al fenomeno dell'evasione fiscale, assume rilievo anche in relazione ad altri ambiti giuridici, tra cui proprio la complementarità con l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia, di cui al d.lgs. 159/2011.

Per questo motivo, è stata oggetto di dettagliata analisi da parte della giurisprudenza di legittimità. In dettaglio, nel procedere alla compiuta definizione del concetto di persona "*socialmente pericolosa*", requisito necessario ai fini del ricorso alle citate misure di prevenzione, la giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito come l'evasore fiscale ben possa essere qualificato a tal fine, ma ha anche specificato come assuma fondamentale importanza il livello di qualificazione criminale della fattispecie penal-tributaria in cui viene riconosciuta la condotta evasiva posta in essere (Mastrodomenico G. & Sacchetti L., 2017).

Vista, infatti, l'impossibilità di annettere un'automatica inferenza tra evasione fiscale e misure di prevenzione, la Suprema Corte ha fatto un passo in avanti volendo stabilire un ulteriore collegamento tra i due ambiti giurisprudenziali. Lo ha fatto proprio attraverso la valorizzazione del profilo della fraudolenza presente, come detto, in alcune delle fattispecie di cui al d.lgs. n. 74/2000. A questo proposito, si deve richiamare quanto sancito dalla stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n. 53003/2017, ed analizzare i motivi ostativi che hanno portato i giudici all'annullamento del decreto di confisca. I giudici di legittimità, in tale pronuncia, hanno dapprima puntualizzato come i reati di natura tributaria possano certamente fare "*da presupposto di operatività della cosiddetta pericolosità generica, a condizione, tuttavia, che vi sia consapevolezza dei problemi che il relativo accertamento comporta*". Nel caso specifico, infatti, la Suprema Corte, pur confermando la possibilità che la *confisca di prevenzione operi nei confronti dei soggetti che abbiano compiuto illeciti fiscali in maniera abituale*, giunge però all'annullamento, con rinvio, del decreto di confisca emesso dalla Corte d'Appello, in quanto non risultava approfondito il legame tra reato tributario e la abituale dedizione alla commissione di "*traffici delittuosi*". Sul punto, la Cassazione, dopo aver evidenziato come il concetto di "evasore fiscale seriale" sia di per sé un concetto generico - in quanto il "*fenomeno della sottrazione agli adempimenti tributari è indubbiamente illecito in tutte le sue forme, ma dà luogo a risposte differenziate da parte dell'ordinamento…*" - si è soffermata sulle ipotesi delittuose del d.lgs. n. 74/2000, sottolineando come "*esse risultino di struttura molto variegata, costituendo espressione di devianza penale sensibilmente diversa*". Per questi motivi, la confisca non ha potuto essere applicata ai proventi dell'evasione fiscale consumata. Ecco perché i giudici hanno ritenuto di prendere in esame solo le fattispecie, del medesimo decreto n. 74/2000, connotate da maggior rilevanza criminale e che sovente costituiscono "*manifestazione di gravi perturbamenti e/o alterazioni del mercato dei beni e dei servizi*".

In particolare, si rimarca la rilevanza delle cc.dd. "*frodi carosello*", tipiche nelle compravendite intracomunitarie. Per questi scambi di beni, l'Iva - in regime di sospensione non essendo uguale in tutti i paesi membri della UE - non viene quantificata in fattura. Da qui, un meccanismo fraudolento intrecciato in un turbinio di movimenti (prettamente cartacei), cc.dd. *"caroselli"*, per i quali vengono create *ad hoc* delle società cartiere, quindi false, al solo scopo di produrre carte contabili per evadere l'imposta. Alla fine di tali triangolazioni, i soggetti coinvolti ottengono molteplici vantaggi illeciti, consistenti non solo nel risparmio di imposta, ma anche nel guadagno rinveniente dalla vendita di beni a prezzi concorrenziali.

Nelle ipotesi di reiterazione di tali condotte, afferma la Cassazione, è logico ritenere che possano manifestarsi importanti turbamenti di mercato dei beni e servizi, ed è logico anche ritenere che l'autore di ciò viva, anche solo in parte, con i proventi di tale reato. Pari rilevanza assumono, secondo la Corte, in un'ottica di abitualità della condotta criminale, anche i cc.dd. "*reati ostacolo*", come l'*emissione di fatture inesistenti*, ovvero *l'occultamento e la distruzione di scritture contabili* (artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 74/2000). Diversamente, secondo i giudici di legittimità, minore rilevanza ai fini di cui si discute deve darsi alle altre fattispecie contemplate nel d.lgs. n. 74/2000 e, segnatamente: 1) alla "*Dichiarazione infedele*"- art. 4 del d.lgs. n. 74/2000; 2) alla "*Dichiarazione omessa*" - art. 5 del d.lgs. n. 74/2000, 3) "*Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*" - art. 11 del d.lgs. n. 74/2000, fattispecie, quest'ultima, afferma la Corte, nella quale "*la determinazione dell'imposta è già avvenuta e l'autore del reato attua le condotte nell'imminenza o a procedura di riscossione coattiva in corso o in quella di transazione fiscale*". In pratica, la Suprema Corte afferma come il mero *status* di evasore fiscale non risulti sufficiente ai fini del giudizio di pericolosità generica che legittima l'applicazione della confisca. In altre parole, i requisiti di stretta interpretazione necessari per l'assoggettabilità a tale misura, indicati dal Codice Antimafia (artt. 1 e 4) e concernenti i soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi non possono, automaticamente, risultare sovrapponibili alla figura dell'evasore fiscale, genericamente considerato. La specifica questione è stata oggetto di ulteriori e recenti pronunciamenti giurisprudenziali da parte della Suprema Corte che, in linea con i predetti principi, ha fornito l'indicazione di elementi utili alla compiuta definizione del contesto. In definitiva, secondo i giudici, debbono effettuarsi le seguenti verifiche tese ad accertare:

- la realizzazione di attività delittuose (trattasi di termine inequivoco) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto;
- la realizzazione di attività delittuose che, oltre ad avere la caratteristica che precede, siano produttive di reddito illecito (il provento);
- la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.

Tali condotte illecite, insiste la Corte, devono essere poste in essere in modo non episodico, ma cronologicamente apprezzabile; devono quindi evidenziare una sorta di "*iter esistenziale*" che connoti "*in modo significativo lo stile di vita del soggetto e che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi.*". Le menzionate attività delittuose devono, poi, consentire una produzione di reddito illecito idoneo, anche parzialmente, a sostentare il proposto ed eventualmente anche il suo nucleo familiare, se esistente.

Occorre, quindi, una continuità nell'illecito e nel reddito prodotto, con esclusione di tutto ciò che assuma le caratteristiche di sporadicità e occasionalità. Ancora, secondo i giudici di legittimità non si esclude che le condotte di evasione fiscale possano essere incluse nel novero delle condotte sintomatiche di pericolosità generica, tuttavia, come già puntualizzato nel precedente esame giurisprudenziale, è necessario che, in relazione alle diverse fattispecie di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, venga effettuato un positivo accertamento di tali condotte fraudolente, specificando che esse ben possono far ritenere che il soggetto responsabile viva abitualmente dei relativi profitti, complessivamente considerati, determinandosi quella sorta di tendenziale confusione tra patrimonio di origine lecita e incrementi derivanti da condotte illecite di evasione tributaria (Cfr. Corte di Cassazione, Sessioni Unite, sentenza n. 33451/2014, Repaci e altri). In base alle statuizioni esposte nelle precedenti pronunce, i giudici, infine, precisano che, anche nel caso dell'evasore seriale, risulta

necessaria una approfondita indagine in fatto, allo scopo di individuare le specifiche condotte eventualmente a lui attribuibili, considerato che:
- la rilevanza penale delle stesse sia ancorata al superamento delle soglie di rilevanza quantitativa contemplate nella maggior parte delle ipotesi di reato previste dal d.lgs. n. 74 del 2000;
- le ipotesi delittuose di cui al d.lgs. n. 74 del 2000 costituiscano espressioni di devianza penale atipica;
- assuma rilievo anche la circostanza dell'adesione o meno del proposto al meccanismo di recupero dell'imposta evasa.

Bisogna, infatti, verificare se a seguito della procedura amministrativa, l'imposta evasa o il suo importo equivalente siano stati recuperati dall'Amministrazione finanziaria, oppure siano stati reimpiegati in altre attività, potendo ritenere, in quest'ultima ipotesi, l'evasore fiscale seriale socialmente pericoloso ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011. Nella prima ipotesi, invece, se nell'ambito del procedimento vi è stata adesione da parte del contribuente ai meccanismi di conciliazione giudiziale con l'Amministrazione fiscale, secondo la Corte, "…*l'eventuale recupero dell'imposta sottrae per definizione all'evasore la frazione illecita di redditi con cui ha arricchito il suo patrimonio*". Tali pronunciamenti di legittimità contengono un'analisi interpretativa ancor più puntuale e calibrata delle norme in materia di prevenzione, muovendo, come visto, verso la coniugazione sistematica di talune condotte fraudolente di natura penal-tributaria all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale di cui si discute, nei confronti degli evasori fiscali seriali. Questa interpretazione della Suprema Corte, in conclusione, deve essere sicuramente vista con favore, laddove contribuisce a delimitare e perimetrare, con chiarezza, l'ambito applicativo della disciplina esaminata. In tal senso, va considerato proprio come tale indirizzo ermeneutico sia in linea con lo spirito della riforma dei reati tributari, da ultimo disposta dal d.lgs. n. 158 del 2015 che, come detto, ha inteso rimarcare la netta differenziazione tra quelle fattispecie connotate da elementi di fraudolenza (artt. 2, 3, 8, 10-quater, comma 2, e 11) e quelle, invece, prive di connotati di fraudolenza in senso oggettivo, con lo scopo, in particolare, di calibrare il dispositivo di contrasto penale, conferendo maggior rilevanza criminale delle prime rispetto alle seconde.

Natural resource conflicts and International Humanitarian Law tools to preserve man and nature

I conflitti per lo sfruttamento delle risorse naturali e gli strumenti di Diritto Internazionale Umanitario per la salvaguardia dell'uomo e della natura

(intervento tenuto dal Ten. Col. Sebastiano La Piscopia in data 16 gennaio 2020 presso la Pontificia Università *Antonianum* di Roma all'evento Accademico sul *Global Compact on Education*, in qualità di Segretario del Gruppo Italiano della *International Society for military law and the law of war)*

di *Sebastiano La Piscopìa*[1]

Greetings and initial thanks.

It is a great honor for me to take part to this Seminar with the aim of contributing personally, even for next future, within the limits of my attitudes and of my compelling role as Secretary of the Italian group of the International Society for military law and the law of war, to the educational commitment to the ecological issue in the context of "Global compact on education".

"Beauty makes the man good" is the theme of our public seminar, but taking the risk of having an inadequate approach to the subject, starting from my modest skills, I would like to start by saying that, perhaps, even the good man could be a tool to preserve beauty.

A mankind without conflicts would offer the opportunity to enjoy without limits natural unspoiled landscapes, cultural and artistic beauties that represent a *unicum*, a collective good, heritage of the whole mankind.

Unfortunately, war is an event inherent to human (or unhuman) nature. We have passed from ancient romans customs of spilling salt on the lands of the enemies, to symbolically affirm the end of the grass growing and therefore of life, to the modern era that distinguishes the war phenomenon as a real environmental disaster.

The orange defoliant agent, used in the South East Asian war, is estimated to have destroyed over three hundred thousand hectares of jungle and forest, depriving their enemy of the necessary sustenance.

The indirect consequences of an armed conflict, such as the loss of human lives and the destruction of entire ecosystems by opposing forces, are now compounded by indirect consequences such as pollution of water, air and soil, deforestation and damage to biodiversity.

Furthermore, "the United Nations Environment Program (UNEP) has found that over the last 60 years, at least 40 percent of all internal conflicts have been linked to the exploitation of natural resources, whether high-value resources such as timber, diamonds, gold and oil, or scarce resources such as fertile land and water. Conflicts involving natural resources have also been found to be twice as likely to relapse."

It's considered interesting to highlight, therefore, natural resources as components of an environment that cannot follow political boundaries, and that even becomes the very cause of conflicts that, in turn, generate damage to the ecosystem of the conflict areas.

Article 55 of the 1907 Hague Regulations provides a list of public assets that have to be safeguarded by the occupying State, as forests and agricultural land, but also article 54 of the 1977 First Additional Protocol aims to protect private and public property prohibiting "to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to survival of the civilian population such as, foodstuffs, agricultural areas for the production of foodstuffs, crops, livestock, drinking water installation and supplies and irrigation works, for the specific purpose of denying them for their sustenance value, civilian population or to the adverse party, whatever the motive, whether in order to starve out civilians, to cause them to move away, or for any other motive".

[1] Dottore in Economia e Commercio, Scienze Strategiche, Scienze Internazionali e Diplomatiche e in Giurisprudenza.

Precisely in this matter, with particular reference to the fortieth anniversary of the adoption of the aforementioned Additional Protocols to Genève Convention, Pope Francis, considered “these instruments as an open door to further developments in international humanitarian law" and stated: “While firmly convinced that war is an essentially negative reality, and that the highest aspiration of mankind is its abolition, the Holy See ratified these two agreements for the sake of encouraging a “humanization of the effects of armed conflicts. In particular, the Holy See expressed appreciation for the provisions regarding the protection of the civilian population and the goods indispensable for its survival, respect for medical and religious personnel, the safeguarding of cultural and religious treasures, and the natural environment, our common home.”

On the subject of customary law, we cannot fail to mention the document produced in 1996 by the UN International Law Commission.

This Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind outlines in the seventh group of crimes, the methods and means of war not justified by military necessity that will cause widespread, lasting and serious damage to the natural environment, causing serious prejudice to the health or survival of the civilian population. This part of the Project is based under Articles 35 and 55 of the 1977 Geneva First Additional Protocol, but the rules of the Project concern both international and internal armed conflicts, thus having much more warning force.

But taking a step back to *De iure belli ac pacis* (The law of war and peace) by Ugo Grozio (Huig de Groot), the famous Dutch jurist, philosopher and writer, composed in 1625, we could remember he had the goal of fighting the force seeking stability and certainty in law, presenting the just war theory and affirming the principle that all nations are bound by the principle of natural law.

In particular, we recall this work for the phrase: "And all that we have said so far would still exist in some way even if we admitted - something that cannot be done without very grave impiety - that God did not exist or that He didn’t deal about mankind."

Therefore, the so-called *ius gentium* refers to a natural law and it exists in the current customary law, regardless of a possible confessional vision of peaceful coexistence among peoples.

About disarmament, it is a fundamental component of international relations that has been inspired by the desire to promote peace, but also by an emerging awareness of environmental disasters produced by certain types of weapons.

The dynamics of disarmament received a remarkable transformation after the two world wars and a great impulse after the end of the cold war.

In this regard it should be pointed out that we have moved from a phase in which the loser was forced to destroy his weapons to limit his potential future offensive capacity, to a phase in which an attempt was made to build mutual trust in a transparent manner through the stipulation of treaties aimed at the ban of certain weapons of mass destruction and to the non-proliferation of certain dangerous arsenals.

This policy is situated within the context of Art. 26 of the United Nations Charter: ” to promote the establishment and maintenance of international peace and security with the least diversion for armaments of the world's human and economic resources..”.

Studying today the serious damage to the environment of very dangerous conventional weapons, although still not universally illicit in terms of law such as nuclear ones, is the prerequisite for an integrated approach to the complex issue of environmental protection.

If the States start protecting the natural environment beauty, they have a good starting point: they are respecting the human beings.

In this context, we can recall, the Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques (1976), the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction. (1992), the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (1996) and last but not least Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, New York, 7 July 2017.

But there are also a lot of Conventions dedicated to the environment protection, applicable even in wartime.

In this context, the International Law Commission in its third report on the "protection of the environment in relation to armed conflicts" adopted in 2016, started from the presumption that "the existence of an armed conflict does not *ipso facto* terminate or suspend the applicability of Treaties".

The *ratio* of this assumption is that the international law applicable during an armed conflict goes beyond the IHL.

The International Law Commission, therefore, provided a list of Conventions that must be regarded as applicable in times of armed conflict to protect the environment and natural resources in wartime as UNESCO Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage, the Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora, the UN Convention on biological diversity, the indigenous and tribal people Convention, and the African Convention on the conservation of nature and natural resources.

The picture here only briefly represented outlines the complex and interconnected relationship between IHL, conventional law in peacetime and customary law, highlighting the indissoluble bond between man and peace, between natural environment and beauty.

The present report tried to show and eventually to persuade about the importance of studying the international legal instruments for environmental protection to prevent and, if possible, to legally counteract to the emerging threats to our "casa comune".

Finally I would humbly affirm that it's of paramount importance, in this field, to deepen and encourage the study of the complex interconnected legal frameworks, both domestic and international, even to counter the massive exploitation of "common natural resources" of some "not declared" modern conflicts.

Thanks for your attention

Sebastiano La Piscopìa

Militum delicta. Un prontuario di diritto penale militare romano: esegesi e sinossi dei *Fragmenta* di Arrio Menandro

Militum delicta. A handbook of Roman military criminal law: exegesis and synopsis of Arrius Menander's Fragmenta.

di *Andrea Lattocco*[1]

Abstract: L'articolo prende in considerazione le prime attestazioni della normazione giuridica penale militare risalente al III sec. d. C., sotto il profilo giuridico e letterario. Dopo la promulgazione della *Constitutio Antoniniana*, molte difficoltà sussistenti per l'arruolamento dei soldati vengono ridotte e del tutto abolite, grazie alla concessione della cittadinanza romana all'intera propaggine imperiale, con l'esclusione dei soli *dediticii*. Con i Severi si avverte la necessità di una regolamentazione esatta delle principali norme militari che avrebbero regolato la *res militaris* almeno fino alla fine della *pars Occidentis*. Arrio Menandro si inserisce all'interno della letteratura *de re militari*, raccogliendo ed ordinando numerose *constitutiones principum*, al fine di fornire un agile prontuario di consultazione anche per gli inesperti, i cui elementi di novità poggiano sulla volontà di disciplinare, *crimen* per *crimen*, tutte le fattispecie più note come l'allontanamento illecito, la diserzione, il furto e l'evasione.

***Abstract**: The article takes into consideration the first statements of the military criminal legal normation dating back to the III century. d.C., from a legal and literary point of view. After the promulgation of the Constitutio Antoniniana, many difficulties existed for the recruitment of the soldiers are reduced and completely abolished, thanks to the granting of Roman citizenship to the entire imperial offshoot, with the exclusion of the only dediticii. With the Severi the necessity of an exact regulation of the principal military norms that would have regulated the res militaris at least until the end of pars Occidentis begins. Arrius Menander is part of the literature de re militari, collecting and ordering numerous constitutiones principum, in order to provide an agile reference book for even the inexperienced, whose elements of novelty rest on the will to discipline, offense for crime, all the best-known cases such as illicit removal, desertion, theft and evasion.*

Sommario: 1. I Severi e il trattamento economico dei *milites*. – 2. I *fragmenta de re militari*: testo e traduzione. – 3. Conclusioni.

1. I Severi e il trattamento economico dei *milites*

Recentemente la Ruggiero[2] ha constatato un *vacuum studiorum*, ribadito anche dallo scrivente[3], riguardo la dedalica e multiforme letteratura *de re militari*, trascurata sino agli anni '80 del secolo scorso, nonostante molteplici siano i settori di interesse[4] che dovrebbe suscitare lo studio dello *ius militare* romano, non tanto per la registrazione delle singole norme giuridiche, concernenti

[1] Avvocato. Dottore di ricerca in diritto penale e processuale penale.

[2] Cfr. I. RUGGIERO, *De poenis militum. Su alcuni regolamenti militari romani*, in. F. Botta-L. Loschiavo a c. di, *Civitas, Iura, Arma. Atti del Seminario Internazionale. Cagliari 5-6 ottobre 2012*, Lecce 2015, 259-279.

[3] Cfr. A. LATTOCCO, *Ratio legis militaris e castrensis iurisdictio in Livio, in Arrio Menandro e nella odierna codicistica,* in *Rassegna della Giustizia Militare,* 4 2017; Id., *Vae victis! La diserzione nei giuristi romani e nel codice penale militare: un istituto immutato,* in *Rassegna della Giustizia Militare,* 5 2017; Id., *Violazioni al praepositus e crimen petulantiae in Menenio e Modestino: insubordinazione, ammutinamento, sedizione e rivolta armata. Per uno studio comparativo di diritto penale militare,* in *Rassegna della Giustizia Militare*, 6 2017; Id., *I lictor, conliga manus. Perduellio e alto tradimento nelle fonti latine e nel codice penale militare*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1 2018; Id., *Pollix non praecidendus*! *Simulazione*, *mutilazione e inabilità nella castrensis iurisdictio: dal VII CTh. agli artt. 157-159 c. p. m. p*. in *Rassegna della Giustizia Militare*, 3 2018.

[4] V. GIUFFRÉ, *Per lo studio del diritto dei militari romani*, in *Letture e ricerche sulla res militaris*, 1, Napoli 1996, 4-22; Id., *Letture e ricerche sulla res militaris*, *2*, Napoli 1996, 221-239; Id., *I milites ed il commune ius privatorum*, in L. De Blois-E. Lo Cascio a c. di, *The impact of the Roman Army (200 BC-AD 476). Economic, Social, Political, Religious and Cultural Aspects*, Leiden-Boston 2007, 129-143.

la repressione dei singola *crimina*, quanto invece per tracciare un *continuum* letterario e giuridico fin dalle prodromiche attestazioni sul primo trattamento penale riservato ai reati compiuti dai *milites* i quali, come è noto, erano sottoposti ad una differente e più aspra persecuzione[5]. Tuttavia un tale disinteresse per la *res militaris* non stupisce, se occorre attendere il VII sec. d. C. per la comparsa nelle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia della prima definizione di *ius militare* la quale, pur non accettata in seguito dai giuristi, permane come unica ed efficace, seppur tardiva, testimonianza, comprensiva di ciò che si intende per diritto penale militare che, fin dai tempi più risalenti, si affianca parallelamente alla più comune e vulgata etichetta di *ius romanum*, prendendone, però, le naturali distanze. Dunque secondo il fecondo grammatico iberico:

Isid. *Etym*. 5. 7: *Ius militare est belli inferendi sollemnitas, foederis faciendi nexus, signo dato egressio in hostem vel commissio. Item signo dato receptio; item flagitii militaris disciplina si locus deseratur; item stipendiorum modus, dignitatum gradus, praemiorum honor, veluti cum corona vel torques donatur. Item praedae decisio et personarum qualitatibus et labori iusta divisio; item principis portio*. (Il diritto militare è la sollennità di portare la guerra, l'obbligo di fare patti, dato il segnale l'uscita contro il nemico o l'avvicinamento. Così dato il segnale la ritirata; dunque la repressione del crimine militare se si abbandona il posto; così l'ordine degli stipendi, il grado delle cariche, l'onore dei premi, come quando si donino corone o collane. Così la distribuzione del bottino, la giusta ripartizione degli uomini per qualità e fatiche; così la parte del principe)[6].

È importante notare l'incalzante anafora degli *item* che rappresentano non solo una necessità di agglutinazione da parte di un grammatico, ma soprattutto la teorizzata ed ingenua subordinazione del trattamento giuridico dei *milites* alle politiche belliche[7]. Restano ancora sostanziali cause che già *ab antiquo* hanno costituito invalicabili limiti allo studio ed allo svisceramento della disciplina in sé che, è bene ricordare, viene raccolta nel libro 49 dei *Digesta* e nel settimo del precedente *Codex Theodosianus*[8]. Il *semen* dell'incipitario e larvale sviluppo di ciò che comunemente chiamiamo *castrensis iurisdictio* si colloca nell'età di crisi della repubblica nazionale, coerentemente ed in ossequio al mutamento dei rapporti economici, dell'assetto statuale e di conseguenza delle strutture militari, laddove si manifestano tendenze diverse, volte ad una mirata e puntuale regolamentazione speciale dello *status militis*, ancorché non sempre concretantesi in normative esplicite e permanenti[9]. Assai significativa è la *rogatio Sempronia de suffragiorum confusione*[10] del 133 a. C., con cui si intendeva estendere la cittadinanza latina agli Italici e quella romana ai Latini, oltre alla *lex Sempronia militaris* del 123 a. C., con cui si sollevava il soldato dalle spese di equipaggiamento e vietava gli arruolamenti prima del diciottesimo anno di età, leggi immerse nel paludoso clima delle fallimentari riforme graccane, sfociate nella devastante guerra sociale (91-88 a. C.)[11]. Sicuramente questi provvedimenti iniziano a mettere in luce alcune problematiche annose del servizio militare, tanto da ridurne la durata, da fissare a diciotto anni l'età minima per il *dilectus* e da sgravare il costo del vestiario e del vettovagliamento ora a carico delle casse statali. Poco dopo i militari furono destinatari

[5] Cfr. V. GIUFFRÉ, *Il diritto militare dei Romani*, Bologna 1983[2]; Id., *Testimonianze sul trattamento penale dei milites*, Napoli 1989 e Id., *La letteratura de re militari*, Napoli 1974.

[6] Le traduzioni dal latino e dal greco sono dello scrivente.

[7] Cfr. A. MILAN, *Le forze armate nella storia di Roma antica*, Roma 1993, 259-266.

[8] All'*incipit* generico, *de re militari*, una sorta di prospetto dei contenuti dell'intero libro, seguono norme più puntuali sull'ammissione alla milizia e sui meccanismi di promozione; ci si imbatte poi in una lunga digressione sull'erogazione dell'*annona militaris*; si affrontano il tema degli alloggi, delle licenze e del reclutamento. Il *titulus* dedicato ai veterani funge da perno per quelli successivi relativi alle *testimoniales* da questi ultimi rilasciate ed all'obbligo di avviare i figli all'esercito. Cfr. V. GIUFFRÉ, *Iura et arma. Intorno al VII libro del codice teodosiano*, Napoli 1979, 32-36; 61-72; 94-101.

[9] Cfr. E. GABBA, *Considerazioni sugli ordinamenti militari del tardo impero*, in *Per la storia dell'esercito romano in età imperiale*, Bologna 1974, 55-68; Y. LE BOHEC, *L'armée romaine sous le Bas-Empire*, Paris 2006, trad. it. L. DEL CORSO, *Armi e guerrieri di Roma antica: da Diocleziano alla caduta dell'impero*, Roma 2008, 13.

[10] Cfr. Ps. Sall., *de Rep. ord.* 2, 8 e Cic. *pro Mur*. 23, 47. Cfr. C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Michigan 2010[5], 364. Sulla *rogatio* cfr. App. *Civ*., 1, 9.

[11] Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Law and Power in the Making of the Roman Commonwealth*, Cambridge 2014[2], 188-191.

del *testamentum militis* e del *peculium castrense*[12], nel corso del I sec., e delle escogitazioni della *fictio legis Corneliae*[13], con cui, al fine di evitare la *capitis deminutio maxima* che colpiva il soldato caduto nelle mani del nemico, si stabilì che il cittadino romano, morto in prigionia, dovesse essere considerato defunto al momento della cattura, per evitare la nullità del testamento già redatto. Da ora si intravede una netta e radicata scissione, anche a livello giuridico, tra i militari e la compagine civile. La prima formazione della disciplina militare intesa come congerie di prescrizioni con rilievo giuridico-formale si individua almeno nei primi cinquant'anni del principato, sebbene la sua fissazione giursprudenziale avvenga soltanto in piena età severiana. È opportuno dunque disaminare in breve questo periodo, così determinante per la genesi embrionale del diritto penale militare. Grazie alle riforme di Settimio Severo i soldati ed i veterani furono integrati nel massimo rango sociale di ambito civile, quello degli *honestiores* e ciò di per sé implicò una notevole conquista per i militari provenienti, invece, dalle categorie inferiori degli *humiliores*[14]. A ciò si aggiunga che sotto i Severi i soldati formavano da soli una delle pochissime componenti della *societas* imperiale romana che godeva di un *soldum* fisso, di generosi e frequenti donativi e di un lauto vitto gratuitamente elargito grazie alle forniture dell'*annona militaris*[15]. Per mezzo di una liquidazione corrisposta dall'*aerarium militare*[16], le loro paghe triplicarono rispetto al passato, con il diritto di creare proprie *scholae* di mutuo soccorso e di possere schiavi[17]. Assai favorita era la categoria degli ufficiali sì da garantire, a livello di comandi, da Severo a Gallieno, carriere per gli *humiliores novi* fino ad allora impensabili[18]. Il Brizzi rileva come la figura più demansionata all'interno dei quadri di ufficiali fosse ormai quella del tribuno laticlavio; i rampolli dell'*antiqua nobilitas* iniziarono ad essere surrogati dai figli dei centurioni *primipili*, *equites* che fungevano da *laticlavii*, dopo l'*adiectio in senatum*[19]. Con Caracalla l'omologazione di legionari ed *auxilia* avrebbe comportato il venir meno del livello gerarchico intermedio, delle *prefecturae* militari e quindi delle *militiae equestres*[20]. Pertanto apparve inevitabile rafforzare il legame diretto della responsabilità delle legioni sul campo e l'ambito dei militari di carriera, portando alla riscossa quell'*ordo* che a loro era legato e che sembrava pronto ad assumersi apertamente un ruolo già gestito da tempo. Da preziose testimonianze epigrafiche apprendiamo che l'*aerarium militare* esisteva ancora almeno fino al tempo di Alessandro Severo[21] e che la *vicesima hereditatum* divenne solo in seguito una sezione del *fiscus*[22]; Caracalla nel 212 d. C. non intese

[12] Cfr. L. SANDIROCCO, *Il testamento dei militari: origini e ratio dell'istituto nell'esperienza giuridica romana*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1 2018, 1-10.

[13] La compagine giuridica romana conosceva solo due tipi di *fictiones*: quelle legali e quelle pretorie, con esclusione delle finzioni giurisprudenziali; nell'opinione di questo filone di pensiero, la *fictio* è un procedimento alogico e autoritativo riconducibile solo all'attività del legislatore e del pretore, e non certamente all'opera del giudice, che utilizzava solo l'analogia e l'interpretazione estensiva.

[14] Cfr. R. RILINGER, *Humliores-Honestiores*. *Zu eine sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kiaserzeit*, München 1988. Cfr. Ael. Arist., *Or*. 26, 39; 26, 59. Cfr. G. ALFÖLDY, *Römische Sozialgeschichte,* Wiesbaden 1984[3], trad. it. A. ZAMBRINI, *Storia sociale dell'antica Roma,* Bologna 1987, 153-293.

[15] Cfr. J. M. CARRIÉ, *L'esercito: trasformazioni funzionali ed economie locali*, in Società *romana e impero tardoantico. Istituzioni, ceti, economie*, a c. di A. Giardina, Roma-Bari 1986, 449-488.

[16] Cfr. Aug., *Res gest*. 17, 2; Tac., *Ann*. 1, 78; Suet., *Aug*. 49, 4; Dio 55, 25, 2. Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1975, 318-332.

[17] Cfr. Herodian., 3, 8, 5; 4, 4, 7.

[18] Negli eserciti organizzati da Settimio Severo per conquistare il potere le più alte responsabilità incombevano ancora tutte sui senatori che erano coadiuvati soltanto dai cavalieri.

[19] Cfr. G. BRIZZI, *Il guerriero, l'oplita, il legionario*. *Gli eserciti nel mondo classico*, Bologna 2008[2], 201-227. Cfr. G. CASCARINO-C. SANSILVESTRI, *L'esercito romano*. *Armamento e organizzazione*. *Vol. III: dal III secolo alla fine dell'impero d'Occidente*, Città di Castello 2009.

[20] Da Vespasiano fino alla metà del III secolo d. C., le *tres militiae equestres* prevedevano la prefettura di coorte *quingenaria*, il tribunato angusticlavio di legione ed infine la prefettura d'ala *quingenaria* a cui talvolta si aggiungeva una quarta *militia*, la prefettura d'ala *miliaria*, ma erano rari gli *equites* che ricoprivano necessariamente tutti questi incarichi prima di divenire procuratori.

[21] CIL VIII nn. 2392 e 7094. Per le fonti epigrafiche ci si avvale del CIL *Corpus Inscriptionum Latinarum* e dell'ILS *Inscriptiones Latinae selectae*. Nel complesso le iscrizioni greche costituiscono una percentuale molto bassa rispetto a quelle latine. Le iscrizioni raccolte provengono soprattutto dalle zone interessate da attività militare: Siria e Asia Minore, Italia settentrionale, zona renana e danubiana e Africa settentrionale.

[22] Cfr. DE MARTINO, *cit*., 84.

allargarne l'imponibile, quanto invece incrementare gli introiti statali per l'esercito. Ad un ruolo imprescindibile assurge la fonte dioneiana che sintetizza la recente attività del sovrano morente, riformatore d'eccellenza in ambito militare che si adoperò per migliorare ed innovare le condizioni economiche e sociali dei *milites* in servizio[23]:

Dio 76, 15, 2: ὁμονοεῖτε, τοὺς στρατιώτας πλουτίζετε, τῶν ἄλλων πάντων καταφρονεῖτε
(Vivete in concordia, arricchite i soldati, trascurate tutti gli altri).

Le riforme severiane a vantaggio dei soldati possono riassumersi in: 1) aumento delle paghe per compensare l'inflazione, 2) istituzione dell'*annona militaris*[24], 3) permesso per i *milites* di vivere con le loro donne fuori dal campo, 4) permesso di creare collegi militari, concessi ai graduati ancora in servizio, 5) conferimento di alcuni simboli esteriori di prestigio, 6) aumento degli effettivi, 7) concessione di comandi ai cavalieri col rango di *praefecti*, *duces* e *praepositi*. Ancora Erodiano, storico greco contemporaneo ai Severi, parla di un consistente aumento degli *stipendia* di pretoriani e di soldati, che lo stesso Caracalla decretò all'indomani dell'assassinio del fratello, per accattivarsi la fedeltà delle truppe:

Herodian. 4, 4, 7: ὑπισχνεῖται δὲ αὐτοῖς ὑπὲρ τῆς ἑαυτοῦ σωτηρίας καὶ μοναρχίας ἑκάστῳ μὲν στρατιώτῃ δισχιλίας καὶ πεντακοσίας δραχμὰς Ἀττικάς, προστίθησι δὲ τῷ σιτηρεσίῳ ἄλλο τοῦ τελουμένου ἥμισυ.
(Per essersi salvato e per aver ottenuto la sovranità unica, promise loro di dare a ciascun soldato duemilacinquecento dracme attiche, e aumentò di metà la paga).

Tuttavia il coronamento delle riforme militari a beneficio dei soldati poggiava quasi esclusivamente sulla *Constitutio Antoniana*, intesa a risolvere le questioni *de re militari*. Il Forni[25] conferma che la nascita libera ed il possesso della cittadinanza costituivano i requisiti giuridici indispensabili all'ammissione in questa unità[26], dimostrando che, fin dai tempi di Augusto e Tiberio, si verificarono sovente difficoltà nel reperimento di cittadini romani disposti ad arruolarsi per due ordini di motivi: 1) esistevano norme precise e minuziose sulle caratteristiche fisiche dei legionari, attenuate, appena il reclutamento di uomini divenne più complicato; probabilmente i *cives* non possedevano sempre un'altezza tra 1, 72 e 1, 77 m. per gli *alares*; 2) il servizio militare nelle legioni non era particolarmente allettante: ferme molto lunghe, premi di congedo insoddisfacenti, paga poco sufficiente e prospettive di carriera alquanto scarse[27]. Caracalla dunque tentò di ovviare al problema, estendendo il bacino di reclutamento legionario a tutto il territorio imperiale. I *novi cives*, provinciali da poco entrati nell'impero, scarsamente romanizzati, di certo percepirono in minor misura i disagi del mestiere di legionario, rispetto ai cittadini di vecchia data. In tal senso si spiega il massiccio e pervasivo ingresso di Traci e di Pannoni nell'esercito romano a partire dal III sec. d. C.. Tuttavia sulla poca risonanza e sugli effetti non così prorompenti del provvedimento caracalliano si è dubbiamente espresso Ulpiano, puntando sull'esclusione dei *dediticii*:

---

[23] Cfr. C. CARLETTI, *Epigrafia dei cristiani in Occidente dal III al VII secolo. Ideologia e prassi*, Bari 2008, 11-13. Cfr. E. BIRLEY, *Septimius Severus and the Roman Army*, in *Epigraphische Studien* 81969, 63-82; R. E. SMITH, *The Army Reforms of Septimius Severus*, in *Historia* 21 1972, 481-500 e Y. LE BOHEC, *The Imperial Roman army*, Paris 1989, trad. it. M. SANPAOLO, *L'esercito romano. Le armi imperiali da Augusto alla fine del III secolo* Roma 1992, 255-258.
[24] Cfr. G. RICKMAN, Roman Granaries and Store Buildings, Cambridge 1971, 278-283.
[25] Cfr. G. FORNI, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano*, Milano-Roma 1953, 25-129.
[26] Sebbene fosse possibile arruolare anche *peregrini*, previa concessione della cittadinanza romana, tuttavia la stragrande maggioranza delle reclute legionarie dovevano essere cittadine di nascita, con l'eccezione delle legioni orientali. Cfr. J. C. MANN, *Legionary Recruitment and Veteran Settlement during the Principate*, London 1983, 49-52.
[27] Cfr. Plin. *Nat. Hist.* 7, 149; Tac., *Ann.* I, 17; 78, 2; Suet., *Nero*. 32, 1; Aug. *Res Gest*. 16; Dio., 54, 2, 6. Così Veg., 2, 3, 4-5: *Est alia causa, cur attenuatae sint legiones: magnus illis labor est militandi, graviora arma, plura munera, severior disciplina. Quod vitantes plerique in auxiliis festinant militiae sacramente percipere, ubi et minor sudor et maturiora sunt praemia*. (C'è un altro motivo per cui le legioni sono diminuite: grande è la fatica del servizio militare, armi alquanto pesanti, molti doveri, una disciplina piuttosto dura. Evitando i più ciò, si affrettano a prendere negli aiuti i benefici del servizio militare, dove minore è il sudore e più abbondanti i premi).

Ulp. D.1.5.17: *In orbe romano qui sunt ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.* (Nel mondo romano coloro che provengono dalla costituzione dell'imperatore Antonino sono divenuti cittadini romani).

Infatti la propagazione degli effetti della *Constitutio* si limiterebbe soltanto a coloro che nel 212 d. C. abitavano all'interno dell'*orbe Romano*, cosicché in seguito potevano ancora trovarsi *peregrini* nell'impero, come nel caso di alcuni corpi militari che continuarono a rivecere la cittadinanza per mezzo di diplomi di congedo ben oltre il 212. I provinciali, anche orientali, dovevano vivere seguendo l'ordinamento giuridico romano, consapevolezza corroborata dal vigore con cui i rescritti imperiali, dopo l'emanazione della norma, respinsero i tentativi di far convalidare principi contrastanti con il diritto romano[28].

Notoriamente prestanti da un punto di vista fisico, oltre che dotati di spirito feroce e bellicoso, questi barbari divennero presto candidati ideali a servire nelle legioni danubiane, spina dorsale dell'esercito in Occidente. La *Constitutio Antoniniana* eliminava *de plano* qualunque ostacolo giuridico (eccetto l'*ingenuitas*) che pregiudicasse il servizio del legionario, facendo venir meno la necessità di ricorrere ad espedienti, come la concessione *ad hoc* della cittadinanza ai *peregrini*. Dai campi di battaglia alla normazione giuridica, ormai essenziale, l'*iter* è quasi scontato ed ineludibile. Sopraggiungeva quindi il bisogno di raccolte organiche anche delle *constitutiones principum de re militari*, accavallate l'una sull'altra con il nevrotico succedrsi degli imperatori e delle molteplici e contraddittorie politiche di corte[29]; diventava perciò utile ordinarle e riproporle, ben prima della redazione dei *Digesta*. Non disgiunta da ciò era l'opportunità di giuridicizzare il trattamento disciplinare/penale dei militari sì da conferire loro una legalità *ante litteram*, applicando la conquista della specificità della repressione in rapporto alla gravità degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito compiuto. Vincolare a severe sanzioni e creare un regolamento disciplinare non dispiacevano al governo imperiale, permettendogli non solo di frenare lo strapotere accumulato dai comandi periferici, ma anche di apparire come un paternalistico garante delle aspettative di ciascun militare[30]. Il primo prontuario di diritto penale, dopo il *floruit* di Tarrunteio Paterno[31], pare assegnarsi ad Arrio Menandro[32], alto funzionario degli uffici centrali severiani, burocrate esperto della *scientia iuris* e autore dei *IV libri de re militari*, confluiti nel libro 49 dei *Digesta* secondo quest'ordine: D.49.16.2 pr. 1; D.49.14.4 pr. 8; D.40.12.29; D.49.16.4.9-15; D.49.16.5 pr. 4; D.49.16.13.5; D.49.16.5. 5-8; D.49.16.6; D.48.19.14; D.38.12.1; D.49.18.1. Gli *excerpta* menandrei costituiscono un massimario-prontuario che tesaurizzava e sistemava le *constitutiones* di Traiano, Adriano, Settimio Severo e Caracalla, al fine di consentirne una facile consultazione anche da parte di non giuristi e di non specialisti della materia. Con l'opera di Menandro il regime disciplinare-criminale dei *milites* diviene di fatto un regolamento scritto, con garanzia di sicurezza. L'articolazione al suo interno è assai precisa, dal momento che parte dalla distinzione tra *delictum commune* e *proprium militare delictum*, ovvero quello che può commettere solotanto *uti miles*. D'altro canto si apprende che taluni comportamenti, non sanzionati affatto o repressi con pene lievi per chi non era parte della *militia*, diventano invece reati per i militari, grazie anche all'assimilazione tra i delitti militari e le infrazioni disciplinari. Del quarto ed ultimo libro non è giunto nulla per tradizione diretta, ma forse trattava gli *officia* punitivi e quindi l'esecuzione delle pene, se lo si raffronta ad altre opere di analogo contenuto, come quelle di Macro e di Tarrunteio Paterno. La riflessione giuridico-militare di Menandro si inserisce nello scritto precorritore *De re militari* di Lucio Cincio, tra II e III sec. d. C., in cui troviamo le omonime opere di Tarrunterio Paterno, Emilio Macro ed il *De poenis militum* di

[28] Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 157-161.
[29] F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro I. Politica di governo. Riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006, 90-115.
[30] Cfr. M. P. SPEIDEL, *The Rise of Ethnic Units in the Roman Imperial Army*, in *ANRW* 2, 3 1975, 202-231.
[31] Cfr. V. M. MINALE, *Per uno studio dei frammenti dal De re militari di Macro*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 2012, 1-32.
[32] M. SOLINA, *Per la rivalutazione delle opere di Menandro e di Macro nell'approfondimento del sistema penale militare*, in *Rassegna della Giustizia Militare* IV-V 1978, 157-169.

Giulio Paolo. Per naturali esigenze filologiche i frammenti menandrei citati seguono l'edizione di Otto Lenel[33] e non la successione dei *Digesta*:

2. I *fragmenta de re militari*: testo e traduzione

Liber I [34]

Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit. Dare se militem, cui non licet, grave crimen habetur: et augetur, ut in ceteris delictis, dignitate gradu specie militiae. Qui cum uno testiculo natus est quive amisit, iure militabit secundum divi Traiani rescriptum: nam et duces Sulla et Cotta memorantur eo habitu fuisse naturae. Ad bestias datus si profugit et militiae se dedit, quandoque inventus capite puniendus est: idemque observandum est in eo, qui legi se passus est. In insulam deportatus si effugiens militiae se dedit lectusve dissimulavit, capite puniendus est. Temporarium exilium voluntario militi insulae relegationem adsignat, dissimulatio perpetuum exilium. Ad tempus relegatus si expleto spatio fugae militem se dedit, causa damnationis quaerenda est, ut, si contineat infamiam perpetuam, idem observetur, si transactum de futuro sit et in ordinem redire potest et honores petere, militae non prohibetur. Reus capitalis criminis voluntarius miles secundum divi Traiani rescriptum capite puniendus est, nec remittendus est eo, ubi reus postulatus est, sed, ut accedente causa militaie, audiendus: si dicta causa sit vel requirendus adnotatus, ignominia missus ad iudicem suum remittendus est nec recipiendus postea volens militare, licet fuerit absolutus. Adulterii vel aliquo publico damnati inte milites non sunt recipiendi. Non omnis, qui litem habuit et ideo militaverit, exauctorari iubetur, sed qui eo animo militae se dedit, ut sub optentu militiae pretiosiorem se adversario faceret. Nec tamen facile indulgendum, iudicationis qui negotium antehabuerunt: sed si in transactione reccidit, indulgendum est. Exauctoratus eo nomine non utique infamis erit nec prohibendus lite finita militiae eiusdem ordinis se dare: alioquin et si relinquat lite vel transigat, retinendus est. Qui de liberate sua litigans necdum sententia data militiae se dedit, in pari causa ceteris servis habendus est nec exonerat eum, quod pro libero habeatur in quibusdam. Et licet liber apparuerit, exauctoratus, id est militia remotus castris reicietur, utique qui ex servitute in libertatem petitus sit vel qui non sine dolo malo in libertate moratus est: qui vero per calumniam petitus in servitutem est, in militia retinebitur. Qui ingenuus pronuntiatus est, si se militiae dedit, intra quinquennium retractata sententia novo domino reddendus est. Qui post desertionem in aliam militiam nomen dederunt legive passi sunt, imperator noster rescripsit et hos militariter puniendos.

I reati o misfatti dei militari sono speciali o comuni: di conseguenza anche la punizione è speciale o comune. Crimine militare è quello che si commette in qualità di soldato. Darsi alla milizia, per quello a cui non è permesso, sia ritenuto grave illecito: che si aggrava, come gli altri reati, in relazione alla autorità, al grado ed al tipo di servizio. Secondo un rescritto di Traiano, chi è nato con un solo testicolo o ha subito l'asportazione di un testicolo a buon diritto potrà far parte della milizia: si ricorda infatti che anche i condottieri Silla e Cotta ebbero tale difetto di natura. Chi fu condannato alle belve e poi, fuggitivo, si arruolò, in qualunque tempo scoperto, deve essere punito con la morte; lo stesso è prescritto per chi si è lasciato arruolare. Chi, deportato in isola, evaso si è arruolato o, proscritto, dissimulò il suo stato, deve essere punito con la morte. L'esilio temporaneo comporta la relegazione in un'isola per chi si è arruolato volontariamente, la commutazione in esilio perpetuo per chi, proscritto, dissimulò la sua condizione. Se si arruolò, dopo il periodo di fuga, chi aveva subito la relegazione temporanea, bisogna esaminare il titolo della condanna, giacché se essa comporta infamia perpetua, si osserva la precedente prescrizione, se invece vi fu condono dell'infamia per il futuro, non solo il condannato può essere reintegrato nella milizia ma non gli è precluso aspirare agli onori relativi. Il soldato volontario imputato di delitto capitale, secondo un rescritto di Traiano, deve essere

[33] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis II*, Lipsiae 1889, col. 1207.
[34] D. 49.16.2pr; D.49.14.4 pr. 8; D.40.12.29; D.49.16.4.9-15.

punito con la morte, senza che venga tradotto dove è stato accusato, mentre deve essere interrogato per l'accessoria causa militare: solo se tale causa vi sia già stata o l'imputato sia stato annotato, scacciato con disonore, deve essere rimesso al suo giudice, né dovrà essere riammesso in seguito, volendo egli prestar servizio, pur se sarà stato assolto. I condannati per adulterio o in altro giudizio pubblico non si devono ammettere tra i militari. Non chiunque ebbe una lite giudiziaria, e perciò si è arruolato, deve essere congedato, ma chi si dette al servizio militare con l'intenzione, con la milizia, di prevaricare sull'avversario. Nondimeno non si deve indulgere facilmente verso quelli che ebbero incombente un affare giudiziario, a meno che non si risolse in transazione. Un congedato a tal titolo non sarà mai in ogni caso infame, né gli è precluso, terminata la lite, di darsi al servizio militare nella stessa arma: del resto deve essere trattenuto in servizio se abbandona la causa o la transige. Chi, contendendo in giudizio circa la sua libertà, si arruolò prima che fosse emessa la sentenza, è da considerare al pari dei servi, né lo esonera il fatto di essere ritenuto per certo riguardo come libero. Ed anche se sarà riconosciuto libero, congedato, cioè licenziato dal servizio militare, sia allontanato dal campo, come chi è pervenuto alla libertà dalla schiavitù o ha vissuto in libertà non senza mala fede: chi invece per calunnia è ridotto in servitù deve essere trattenuto in servizio. Chi è dichiarato libero di nascita, se si arruolò, nel caso di revoca della sentenza nel quinquennio deve essere consegnato al nuovo padrone. Quelli che dopo aver disertato si arruolarono in altra milizia o permisero di essere arruolati, secondo un rescritto dell'imperatore, devono essere puniti militarmente.

Si quis militiae se subtraxerit

Gravius autem delictum est detrectare munus militiae quam adpetere: nam et qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur. Sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est, quai plerumque voluntario milite numeri supplentur. Qui filium suum subtrahit militae belli tempore, exilio et nonorum parte multandus est: si in pace, fustibus caedi iubetur et requisitus iuvenis vel a patre postea exhibitus in deteriorem militiam dandus est: qui enim se sollicitavit ab alio, veniam non meretur. Eum qui filium debilitavit dilectu per bellum indicto, ut inhabilis militiae sit, praeceptum divi Traiani deportavit.

Se qualcuno si sia sottratto all'arruolamento

Più grave delitto è sottrarsi al dovere del servizio militare che cercare di darvisi: infatti quelli che un tempo non rispondevano alla leva, quali traditori della libertà, venivano ridotti in schiavitù. Ma, mutata la situazione militare, si è receduti dalla pena capitale, giacché generalmente i quadri vengono suppliti col volontariato. Chi sottrae il figlio al servizio di leva, in tempo di guerra, deve essere punito con l'esilio e la confisca di parte del patrimonio; se in tempo di pace, viene comandato che sia fustigato, mentre il giovane rintracciato o presentato poi dal genitore deve essere assegnato ad un servizio deteriore: infatti chi si è lasciato istigare non merita perdono. Una disposizione di Traiano condannò alla deportazione chi mutilò il figlio quando era stata indetta la leva per la guerra, affinché fosse inabile al servizio militare.

De emansoribus

Edicta Germanici Caesaris militem deseertorem faciebant, qui diu afuisset, ut is inter emansores haberetur. Sed sive redeat quis se offerat se, sive deprehensus offeratur, poenam desrtionis evitat: nec interest, cui se offerat vel a quo deprehendatur. Levius itaque delictum emansionis haberetur, ut erronis in serviz, desertionis gravius, ut in fugitivis. Examinantur autem causae semper emansionis et cur et ubi fuerit et quid egerit: et datur venia valetudini, affectioni parentium et adfinium, et si servum fugientem persecutus est vel si qua huiusmodi causa sit. Sed et ignoranti adhuc disciplinam tironi ignoscitur.

Gli assenti

Editti di Cesare Germanico consideravano disertore chi si fosse trattenuto fuori per lungo tempo, come quello che fosse considerato tra gli assenti ingiustificati. Ma sia che uno ritorni e si consegni, sia che, preso, sia consegnato, evita la pena della direzione: e non importa a chi si costituisca o da chi venga arrestato. Di fatto l'assenza ingiustificata è da ritenersi delitto meno grave, come il vagabondaggio per i servi, la diserzione più grave, come a riguardo dei servi fuggitivi. In ogni caso, devono essere sempre esaminate le cause del ritardo, il perché e dove si sia stati e cosa si sia fatto: e si dia venia nel caso di malattia, di attaccamento verso i genitori e gli affini, o se si è inseguito un servo fuggitivo oppure si sia verificata altra circostanza del genere. E si perdona anche alla recluta ancora ignara della disciplina.

I temi del trattato menandreo, come si evince nel primo libro, sono collegati, *apertis verbis*, a particolari e precise fattispecie penali, coerenti con l'impostazione iniziale dell'operetta, i *militum delicta*. Ancora, le prescrizioni disciplinari sono analizzate sotto il profilo penalistico, poiché *omne delictum est militis*, *quod aliter*, *quam disciplina communis exigit*, *committitur*. Il primo libro dunque pone le basi essenziali di ciò che comunemente può intendersi diritto penale militare, nel discrimine tra *commune* e *proprium militare crimen*, ovvero *quod quis uti miles admittit*. Si inizia infatti con una serie di ipotesi di illecito arruolamento (D. 49.16.2.1). Come racconta Dione Cassio (75, 2, 4) Settimio Severo aveva arrecato grave nocumento alle giovani generazioni italiche, escludendole di fatto dal tradizionale arruolamento nei corpi scelti dell'esercito, stanziati nella capitale. Pertanto costoro furono costretti ai combattimenti gladiatori o persino al brigantaggio, ingrossando la tracotante e parassitaria gioventù inurbata. *Capite puniendus est*, invece, chi *se militiae dedit* o *legi se passus est* mentre, *ad bestiasa datus*, *profugit* (D. 49.16.4.1). L'ipotesi di chi si si sia lasciato arruolare, si presenta come un'estensione logica o una glossa esplicativa del giurista della norma traianea, in riferimento al caso dello schiavo di cui accenna Plinio Iuniore (*Ep*. 10, 29-30). Per chi si arruola *ut pretiosorem se adversario faceret*, il congedo non sarà infamante né sarà preclusa la possibilità di essere trattenuto *si relinquat litem vel transigat* (D. 49.16.4.9).
Qualche considerazione merita il capitolo *de emansoribus*: dopo aver parlato di chi sottrae deliberatamente dalla leva qualcuno, la parte finale del secondo libro è occupata da un *excursus* sugli assenti. Il *delictum emansionis* doveva essere punito tenendo conto del contemperamento delle opposte esigenze che i soldati non si allontanassero dai loro reparti, ma anche che non fossero spinti a disertare quando si fossero per caso trattenuti fuori più del lecito, circostanza, questa, che le occasioni non sporadiche di viaggi e trasferimenti rendevano tutt'altro che infrequente. Al giurista non sfugge l'opportunità, ribadita dalla volontà degli imperatori, che dai reparti fosse assente il minor numero possibile di soldati, ma, dall'altra parte, non doveva nemmeno sottacersi che questi spesso erano costretti ad allontanarsi per servizio, e che potevano perciò essere invogliati a restare fuori dai *castra*, per affari personali. Tuttavia il comparativo avverbiale *levius* sottolinea la particolare tenuità della fattispecie criminosa, prevedendo quindi attenuanti e scriminanti, necessarie anche per la permanenza relativamente breve della recluta nei ranghi militari.

Liber II[35]

De desertoribus et transfugis

Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteactae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. Sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis. Qui in pace deseruit, eques gradu pellendus est, pedes militiam mutat. In bello idem admissum capite puniendum est: et si furtum factum sit, veluti alia desertio habebitur: ut si plagium

[35] D. 49.16.5.pr -4; D. 49.16.13.5.

factum vel adgressura abigeatus vel quid simile accesserit. Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet: alibi adprehensus ex prima desertione restituit potest, iterum deserendo capite puniendus est. Qui in desertione fuit, si se optulerit, ex indulgentia imperatoris nostri in insulam deportatus est. 'Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset, discesserit, in numero desertorum non computandum est, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. Qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item eum, qui in praesidio captus est, in eadem condicione esse certum est: si tamen ex improviso, dum iter facit aut epistulam fert, capiatur quis, veniam meretur. A barbaris remissos milites ita restitui oportere hadrianus rescripsit, si probabunt se captos evasisse, non transfugisse. sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est. et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi eius credatur: si remansor aut neglegens suorum aut segnis aut extra contubernium agens, non credetur ei. Si post multum temporis redit qui ab hostibus captus est et captum eum, non transfugisse constiterit: ut veteranus erit restituendus et praemia et emeritum capit. Qui transfugit et postea multos latrones adprehendit et transfugas demonstravit, posse ei parci divus Hadrianus rescripsit: ei tamen pollicenti ea nihil permitti oportere.

Libro II

I disertori e i fuggitivi

Non tutti i disertori sono da punire allo stesso modo, ma si tenga conto dell'ordine degli stipendi, del grado militare e del luogo, dell'incarico abbandonato e dei precedenti di vita; ed inoltre del numero, cioè se il militare disertò solo o con un altro o con più, e ancora se aggiungesse qualche altro illecito alla diserzione; egualmente del tempo in cui è rimasto disertore; infine delle cose compiute. E anche se uno sarà tornato spontaneamente, senza esservi costretto, non si troverà nella medesima situazione. Chi disertò in tempo di pace, se cavaliere deve essere rimosso di grado, se fante cambia servizio. In guerra lo stesso delitto deve essere punito con la morte. Chi alla diserzione aggiunge altro crimine deve essere punito più severamente: e se sia stato commesso furto, ciò sarà valutato come un'altra diserzione; così come se si aggiungesse un rapimento, ovvero un'aggressione, un furto di bestiame o qualcosa del genere. Se il disertore è rintracciato in città, si è soliti punirlo con la morte: catturato altrove, alla prima diserzione può essere condonato, disertando un'altra volta deve essere punito con la morte. Chi fu disertore, se si costituirà, per indulgenza dell'imperatore viene deportato in isola. La fuga di chi si è allontanato mentre era sotto sorveglianza o in carcere non deve essere computata nel novero delle diserzioni, perché quello è un evaso dalla custodia, non un disertore del servizio militare. Chi, fatto prigioniero, non tornò, mentre avrebbe dovuto ritornare, si consideri fuggitivo. Egualmente è certo che si trova nella stessa condizione chi è catturato in sede di presidio: se tuttavia uno viene preso all'improvviso, mentre fa un viaggio o porta un messaggio, merita indulgenza. Adriano stabilì allora doversi reintegrare i soldati rimandati dai barbari, se proveranno di essere fuggiti da prigionieri, non di essere passati spontaneamente al nemico. Se ciò non può, però, constare con certezza, lo si deve tuttavia appurare da indizi. Così, se uno fu stimato buon soldato per il passato, è ammissibile credere alle sue dichiarazioni: non gli si creda se vagabondo o incurante dei suoi o indolente o uno che traffica fuori dall'accampamento. Se dopo molto tempo torna uno che è stato fatto prigioniero dai nemici e risulterà evidente che fu catturato, non passò al nemico: dovrà essere reintegrato come veterano e riceverà premi e buon congedo. Adriano stabilì che può essere risparmiato chi passò al nemico ma poi catturò molti fuoriusciti e denunciò traditori: tuttavia non deve essere fatta alcuna concessione a chi tali cose promette.

Stando alla testimonianza di Menandro che conclude il secondo libro, ben più grave è la condizione del disertore e del transfuga; coerentemente all'idea guida di tutta l'opera, che pone al centro il concetto della pluralità delle fattispecie criminose con conseguente graduazione delle pene, l'autore, considerando anche una serie di precedenti amministrativo-legislativi, precisa che *non omnes desertores similiter puniendi sunt*. Perciò ad un probabile principio normativo, Menandro aggiunge

una gamma di specificazioni. Dopo le circostanze aggravanti, anche qui compare l'ipotesi scriminante del pentimento: *sed et si fuerit ultro reversus*, *non cum necessitudine*, *non erit eiusdem sortis*. L'elenco delle pene avviene dopo l'enunciazione ed il dettaglio della fattispecie delittuosa; ciò costituisce una riprova dell'unitarietà ed accuratezza sistematica dell'opera. Chi diserta in tempo di pace è degradato, in guerra, invece, è giustiziato. Chi alla diserzione aggiunge altro delitto è punito più severamente e se commette un furto viene trattato come chi avesse disertato una seconda volta. Il disertore sorpreso a Roma è sottposto alla *capitalis sententia*, al contrario di chi viene catturato altrove che addirittura potrebbe essere riabilitato, purché sia la prima volta che commette il crimine. È considerato disertore anche chi, fatto prigioniero, non torna nell'accampamento, pur avendolo potuto fare. Quale scriminante per quest'ultimo caso si prevede la cattura *ex improviso*, mentre il soldato batte la strada o porta una lettera; la *ratio*, cioè l'effetto sorpresa che impedisce al disertore di combattere e di sfuggire, conferma quel *certum est* collocato all'inizio del periodo. Tuttavia la questione ha rilievi giuridici anche per quanto riguarda il *postliminium*. Secondo quanto stabilito da Adriano, i disertori devono provare di essere evasi, e se ciò non è possibile, lo si valuti con *argumentis*. Con un *et* esplicativo, Menandro tiene bene a mente una casistica già documentata, precisando che se il catturato è un buon soldato gli si credi, se vagabondo e negligente o codardo, allora venga punito. Il *divus Hadrianus* introdusse anche un 'condono' secondo il quale può essere risparmiato chi, pur essendo transfuga, arresta molti *latrones* e denunci altri traditori.

Liber III[36]

De disciplina militari

Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: veluti segnitiae crimen vel contumaciae vel desidiae. Qui manus intulit praeposito, capite puniendus est. augetur autem petulantiae crimen dignitate praepositi. Contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est. Qui in acie prior fugam fecit, spectantibus militibus propter exemplum capite puniendus est. Exploratores, qui secreta nuntiaverunt hostibus, proditores sunt et capitis poenas luunt. Quaedam delicta pagano aut nullam aut leviorem poenam irrogant, militi vero graviorem. Nam si miles artem ludicram fecerit vel in servitutem se venire passus est, capite puniendum. Sed et caligatus, qui metu hostium languorem simulavit, in pari causa eis est. Si quis commilitonem vulneravit, si quidem lapide, militia reicitur, si gladio, capital admittit. Per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda. Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator hadrianus rescripsit, ut modus eius rei statutus sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur. Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est: si resistere non potuit, parcendum ei. Sed et in eos, qui praefectum centuriae a latronibus circumventum deseruerunt, animadverti placuit.

Sulla disciplina militare

È crimine per il militare il comportamento che viene tenuto altrimenti da come esige la disciplina generale: come quello di indolenza o di assenteismo o di codardia. Chi alzò la mano contro un superiore deve essere punito con la morte. Il delitto di insubordinazione si aggrava invece secondo il grado del superiore. il sottrarsi in ogni modo, da parte del militare, nei confronti del proprio comandante in capo o preside deve essere punito con la morte. Chi in combattimento per primo si dette alla fuga deve essere punito con la morte, per monito ai soldati presenti. Gli esploratori che rivelarono segreti ai nemici, sono traditori e ne pagano il fio con la testa. Ma anche il soldato semplice che per paura dei nemici simulò malessere, si trova nella stessa condizione di quelli. Uno che ferì un commilitone, se con pietra, viene espulso dalla milizia, se con arma, commette un delitto capitale. A quelli che mancarono per ubriachezza o intemperanza bisogna condonare la pena capitale ed

[36] D. 49.16.14; D. 38.12.1; D. 49.18.1.

infliggere un cambiamento di servizio. Per quanto riguarda chi si ferì o altrimenti tentò il suicidio, l'imperatore Adriano prescrisse, affinché restasse stabilita una norma per tale situazione, che, se questi preferì la morte per insofferenza del dolore o tedio della vita o malattia o follia o vergogna, non si proceda contro di lui, ma lo espelli con nota d'infamia; se nulla di tutto ciò adduce, sia punito con la morte. Chi, potendolo, non protesse il suo superiore, deve essere considerato alla stessa stregua di colui che agisce: se non poté opporre resistenza, gli si deve concedere perdono. Ma sembrò opportuno si procedesse contro quelli che abbandonarono un prefetto di centuria circondato da fuoriusciti. Taluni illeciti che non comporterebbero pena alcuna o la comportano lieve per un civile, divengono penalmente rilevanti o sono considerati più gravi se compiuti da un militare. Così bisogna punire con la morte il militare che esercitò arte istrionica o si lasciò ridurre in servitù.

De privilegiis militum et veteranoum

Militi, qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum est eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delictio, non ex communi punitus est. Veteranorum privilegium inter cetera etiam in delictis habet praerogativam, ut separentur a ceteris in poenis. Nec ad bestias itaque veteranus datur nec fustibus caeditur.

Sui privilegi dei soldati e dei veterani

Al militare che meritò di essere punito con la pena capitale si deve concedere di fare testamento e i beni di quello morto senza testamento, qualora sia stato condannato, vadano ai suoi parenti, purché sia stato condannato per un delitto militare, non per un delitto comune. Il privilegio dei veterani, tra l'altro, anche nei reati comporta la prerogativa di essere tenuti distinti dagli altri nello scontare le pene. E così il veterano non viene dato alle belve né viene punito con la fustigazione.

Il terzo libro di Menandro, secondo la disposizione del Lenel, è dedicato alla disciplina militare; si contemplano le effrazioni contro la condotta dello *status militiae*, che deve essere ispirata ad un sentimento diverso da quello comune. La violenza contro un capo è punita con la vita; il delitto di insubordinazione si persegue in relazione alla *dignitas* del *praepositus*. La contumacia verso un comandante in capo è anch'essa punita *capite*. *Propter exemplum* si punisce *statim* con la morte chi in battaglia fugge per timore dei nemici, così come gli esploratori che svelano i segreti ai nemici. Secondo un rescritto adrianeo chi si ferisce o tenta il suicidio per essere affrancato dalla leva non deve essere perseguito, ma solo congedato con disonore, ma solo se per insofferenza del dolore, per tedio della vita, per malattia o pazzia.

3. Conclusioni

Dopo quanto detto, si presenta spontanea e naturale l'ipotesi che il trattato menandreo sia stato, se non commissionato, almeno suggerito o sollecitato da Caracalla, al fine di confezionare un massimario per gli uffici centrali e dar luogo ad un inquadramento scientifico della clastica materia militare. Tuttavia l'operetta è ben strutturata così da non poter essere considerata *sic et simpliciter* soltanto una raccolta di disposizioni imperiali. Concorre un altro elemento a confermare quest'ipotesi, come l'approfondita conoscenza del trattamento del *servus fugitivus*, argomento di rilevante interesse tecnico-giuridico (D. 21.1.17.14 Ulp. 1 *ad ed. aed. curul*.), ma di limitata attualità, specie negli ambienti militari. L'*habitus* del giurista in Menandro è reso manifesto soprattutto dalla partecipazione intellettuale attiva nell'elaborazione compiuta della *res militaris*. Infatti, partendo dalla distinzione tra *delictum commune* e *proprium militare delictum*, si giunge a differenziare, nell'ambito degli illeciti commessi *uti miles*, quelli che scaturiscono dal diverso regime di vita del militare. In tal modo egli rende ragione di un principio assai moderno, secondo il quale ogni violazione della disciplina militare integra un illecito e del fenomeno per cui un comportamento illecito è più severamente sanzionato se posto in essere da un solato. Ancora, il commento a certe prescrizioni imperiali offre l'occasione al

nostro autore di richiamare l'attenzione sull'opportunità di sottoporre ad *examen* le *causae* del fatto criminoso, facendo ricorso alla specificazione della pena, anche in relazione all'elemento subiettivo. Non è un caso dunque che Caracalla abbia affidato a Menandro, *philosophiae ac dicendi studiis satis deditus, doctrinae quoque nimis cupidus*, l'educazione dei suoi figli, nonché l'esecuzione di speciali riforme legislative[37].

[37] Cfr. SHA., *Sev*. 18, 4-5; Herodian. 3, 10, 2.

When the international security debate triggers a provoking question: is suspending and expelling members of NATO feasible despite the silent Constituent Treaty?

Quando il dibattito sulla sicurezza internazionale fa sorgere una domanda provocatoria: è possibile sospendere ed espellere i membri della NATO nonostante il silenzio del Trattato Costitutivo?

di *Jean Paul Pierini*[1]

Abstract: *The paper takes the opportunity of the current relationships between Turkey with the NATO and NATO Members in order to analyze, to what extent the "law of international treaties" may provide some answer to the question of the suspension and expulsion of members of an international organization when the relevant constituent treaty is silent on the point. The reference is to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and its provisions on the "suspension" and the "selective" termination of multilateral treaties. The legal question is by far more puzzling that the state of relations with Turkey and deserve an analysis also because of general interest and not necessarily linked to the said Member State. Accordingly, the issue of silent constituent is considered along with suggestions made by scholarship about the applicability of "implicit" or "inherent powers" to overcome "disruptive practices" by member States. Subsequently the issue of relevant rules of the organization are examined as such rules may prevent the application of the VCLT in order to fill regulatory gaps. Finally, the paper examines the provisions of the VCLT in its operative part, altogether with the relevant safeguards established for dispute settlement mechanisms. The conclusion is that, while the analysis of the international scenario is better left to political analysts, the integration of the constituent treaty with the VCLT is feasible with some caveats.*

Abstract: Lo scritto prende spunto dalle attuali tensioni nelle relazioni tra la Turchia e la NATO e altri Stati membri di questa, per analizzare in quale misura il diritto internazionale dei trattati si possa prestare a integrare un trattato costitutivo di un'Organizzazione internazionale privo di disposizioni relative all'espulsione ed alla sospensione degli Stati membri. Il riferimento è alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e alle sue previsioni relative alla sospensione ed alla "terminazione selettiva" del trattato. La questione legale appare ben più interessante dello stato delle relazioni con la Turchia e merita una analisi in quanto di interesse ben più generale e non limitato al predetto Stato. A tal fine lo scritto esamina la letteratura relativa all'applicazione di poteri impliciti o afferenti alle Organizzazioni internazionali per reagire a condotte dirompenti di Stati membri. A seguire, sono analizzate le disposizioni rilevanti relative alla gestione dell'Organizzazione internazionale che potrebbero impedire l'applicazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e quindi le disposizioni operative di quest'ultima unitamente agli aspetti di natura procedimentale. La conclusione è che l'integrazione delle disposizioni di un trattato costitutivo con le previsioni della Convenzione di Vienna appare plausibile sebbene con lacune limitazioni.

Summary: 1. Premise. - 2. Membership in international organizations between institutional law and the law of treaties. - 3. The *Lex specialis* of international organizations preventing the application of the VCLT. - 4. Suspension and termination of multilateral treaties under the VCLT. – 5. Conclusions.

[1] The Author is a senior officer in active duty in the Navy. This paper has been written in its private capacity. View expressed, as well as the choice of the topic, may be attributed exclusively to the Author. This Paper was written as an ideal follow up of a prior paper about inherent powers of international courts and tribunals which already touched upon aspects of the law of international organizations.

1. Premise

The "role of the North Atlantic Treaty Organization (NATO)" is an evergreen topic for those dealing with defense and security issues and international relations. Selected recent sub-topics related with (or conditioning) the organization's future are currently represented by the increasingly moody United States commitments[2], the openings on member States towards Chinese road and belt initiative (RBI) or China entering G5 business and the "divergent course" taken by Turkey[3]. Turkey's posture in Libya and the confrontation with Greece and the European Union in respect of the exploitation of resources in the Mediterranean Sea fit in an already cold relationship.

The quarrel was preceded by Turkey's drifts from core values of the Alliance and increasingly conflicting interests and stances pursued by Turkey in the wake of the decline of its democracy[4]. The worsening of the Country's (not encouraging) human rights record in pursuance of State security and increasingly inflamed nationalism[5] prompted a debate about possible courses of actions within the Alliance. At the higher end of the said "reactions", there are assessments and opinions about prospects of "suspension" or "expulsion" of Turkey from NATO. A typical estimate about the latter scenario is the following[6]: "North Atlantic Treaty makes no mention of leaving [Sic!?] or being expelled from the alliance, nor of any penalties for misbehavior [and that] the treaty can only be terminated by the member state itself"[7]. Recently a legal analysis recalled the possibility di "expel" Turkey despite the absence of an express provision by relying on the Vienna Convention of the 1969 Law of Treaties VCLT and termination by unanimity[8]. The same analysis highlighted, with reference to the drafting history of the Atlantic Treaty, that an expulsion provision was indeed considered, but in the end ruled out[9].

The viewpoint that, in the absence of an expulsion clause, expulsion is not permitted is expressed in leading works about the "law of international organizations"[10] or "institutional international law". However, historical experience suggests that most alliances sooner or later

---

[2] J. DEROW, *An Uncertain Future: American Involvement in European Security Through NATO,* NATO Association of Canada, January 14, 2018, http://natoassociation.ca/an-uncertain-future-american-involvement-in-european-security-through-nato/; R. SALAM, *The Coming Split in NATO. Trump wants our European allies to build their military strength. What will it look like if they do? The Atlantic*, July 12, 2018;
https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/07/the-militaristic-europe-of-the-future/564971/;
D. CHOLLET – A. SLOAT, *Order from Chaos. Should NATO even hold summits under Trump? Brookings*, July 13, 2018, https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/07/13/should-nato-even-hold-summits-under-trump/.

[3] J. DEMPSEY, *Judy Asks: Is Turkey Weakening NATO? A selection of experts answer a new question from Judy Dempsey on the foreign and security policy challenges shaping Europe's role in the world*, Carnegie Europe, September, 20 2017, http://carnegieeurope.eu/strategiceurope/73174.

[4] K. KIRISCI – I. TOYGÜR, *As Turkish Democracy Declines, What's the Role for Fellow NATO Members*?, *Lawfare*, July 30, 2018, https://www.lawfareblog.com/turkish-democracy-declines-whats-role-fellow-nato-members.

[5] M. HOFFMAN – A. MAKOVSKY – M. WERZ, *What Turkey's Political Changes Mean for U.S.-Turkish Relations*, Center for American Progress, July 31, 2018,
https://www.americanprogress.org/issues/security/reports/2018/07/31/454214/turkeys-political-changes-mean-u-s-turkish-relations/

[6] One exception is represented by F. BINDI, *ibid* whose answer is "Turkey cannot be expelled (yet) from NATO". For a plain affirmation of the possibility to expel a member from NATO, *See* S.R. SHEIKH, *Turkey's 'NATO Ex-communication', Excluded From the Atlantic Alliance? Will Ankara Align With Moscow?, Global Research*, December 15, 2017, https://www.globalresearch.ca/turkeys-nato-ex-communication-excluded-from-the-atlantic-alliance-will-ankara-align-with-moscow/5622998.

[7] B. RIEGERT, *NATO and Turkey: Allies, not friends, Deutsche Welle*, August 2, 2016, http://www.dw.com/en/nato-and-turkey-allies-not-friends/a-19444991. In a similar shape, DANIEL R. DEPETRIS, *Sorry, Lindsey Graham: America Can't Kick Turkey Out of NATO Unilaterally, The National Interest*, October 7, 2019, https://nationalinterest.org/blog/skeptics/sorry-lindsey-graham-america-cant-kick-turkey-out-nato-unilaterally-86461.

[8] A. SARI, *Can Turkey be Expelled from NATO? It's Legally Possible, Whether or Not Politically Prudent, Just Security*, October 15, 2019, https://www.justsecurity.org/66574/can-turkey-be-expelled-from-nato/

[9] A. SARI, *Can Turkey be Expelled from NATO? It's Legally Possible, Whether or Not Politically Prudent,* cit.

[10] N. D. WHITE, *The Law of International Organizations*, Third edition, *Oxford University Press*, 2017, p. 122.

collapse[11] and that treaties establishing alliances have been denounced or simply broken up by violation[12].

Taking into consideration the apparent "acceleration of history"[13], the legal termination of an alliance treaty (as legal processes don't seem to have significantly speed up …) would probably follow by a decade a material breach of even hostilities among former allies and – if ever defined – would be politically and legally untimely and ultimately irrelevant.

Nevertheless, this does not mean that the threat of termination or a suspension procedure could not be a valid move to anticipate the events, exercise leverage and shape existing alliances and eventually induce e renewal of past commitments.

The purpose of this paper is to assess briefly to what extent the "law of international treaties" may provide some answer to the question of the suspension and expulsion of members of an international organization when the relevant constituent treaty is silent on the point and also if the provisions on the suspension and termination of treaties because of a material breach by one party[14] may complement the law of international organizations. The reference is to the provisions of the Vienna Convention of the 1969 Law of Treaties VCLT about the "suspension" and the "selective" termination of multilateral treaties. The said legal question is by far more puzzling that the state of relations with Turkey and deserve an analysis also because of general interest and not necessarily linked to the said member State.

Accordingly, in the second paragraph the issue of silent constituent will be addressed along with suggestions made by scholarship about the applicability of "implicit" or "inherent powers" to overcome "disruptive practices" by member States. In the third paragraph the issue of the relevant rules of the organization will be considered as such rules may prevent the application of the VCLT in order to fill regulatory gaps. In the fourth paragraph, the provisions of the VCLT will be considered in its operative part, altogether with the relevant safeguards established for dispute settlement mechanisms.

2. Membership in international organizations between institutional law and the law of treaties

Treaties establishing international organizations – so called constituent treaties - determine for States having signed and ratified them, a legal relationship within the international organization as a matter of "membership" and, as appropriate, a legal relationship among them as parties to a multilateral treaty. The latter dimension of the treaty obligations of member States was emphasized in an early advisory opinion of the International Court of Justice (ICJ) about the admission to United Nations membership. The ICJ held that the treaty provisions prevented "a Member of the United Nations called upon, in virtue of Article 4 of the Charter, to pronounce itself by its vote, either in the Security Council or in the General Assembly, on the admission of a State to membership in the United Nations, is not juridically entitled to make its consent to the admission dependent on conditions not expressly provided"[15].

Membership suspension and expulsion provisions are contained in several constituent treaties of international organizations.

---

[11] A. LONG - T. NORDSTROM - K. BAEK, *Allying for Peace: Treaty Obligations and Conflict between Allies*, *Journal of Politics*, 69, no.4, 2007, p. 1103–1117; D. BEARCE – K. FLANAGAN – K. FLOROS, *Alliances, Internal Information, and Military Conflict Among Member-States, International Organization,* 60, no.3, 2006, p. 595–625.

[12] B.A. LEEDS – B. SAVUN, *Terminating Alliances: Why do States Abrogate Agreements? Journal of Politics,* 69, no.4, 2007, p. 118-20.

[13] On the idea that the speed of progression of events is not constant over time, *See* recently A. ALECOU (Edited by), *Acceleration of History. War, Conflict, and Politics*, Lexington Books, 2016.

[14] KONSTANTINOS D. MAGLIVERAS, *Exclusion from Participation in International Organizations,* Kluwer, The Hague – Boston, 1999, p. 231ff.

[15] ICJ, *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1948, p. 57.

The Charter of the United Nations contains provisions for the suspension[16] of members and their expulsion[17] by a decision of the General Assembly upon proposal of the Security Council. The suspension and the expulsion, as important questions, are to be adopted by the General Assembly by a majority of two thirds of the States present and voting (art. 18, paragraph 2). The Charter establishes also the possibility to suspend the voting rights of States in culpable arrears with their contributions for two full years (art. 19). The expulsion terminates the membership and the *status* of the State expelled as a party to the treaty[18].

The Treaty on the European Union (TEU) establishes a rather complex suspension procedure under article 7 but lacks a proper expulsion clause. The possibility to expel member States is accordingly questioned[19].

The Arab League Charter contains a provision about "separation" of States failing to fulfil their obligations[20]. Nevertheless, the League decided in the past to "suspend" the membership of Egypt (after the peace agreement with Israel in 1979 …) and later Libya and Syria.

The Washington treaty establishing the NATO does not contain, as observed in the premise, specific provisions about the suspension of membership and the expulsion of members. The insertion of a "provision for disqualification" of any signatories from enjoying the benefits of the Treaty was in the 1948 "Washington Paper" deemed to require further consideration[21]. Interestingly, at the time the example that made was that of the "coming into power of a communist-dominated government"[22]. In the end, the rationale for the absence of suspension and expulsion seemed justified because disqualification provisions would have signaled to other members a doubtful approach before the start[23]. The NATO treaty contains a provision allowing for the "denunciation" by any Party after the expiry of a twenty years term from the date the treaty entered into force (art. 13)[24]. The treaty further contains a "revision provision" establishing the after the expiry of a ten years term, the Parties shall, if any of them so request, consult for the purpose of reviewing the Treaty (art. 12)[25].

Perspectives always matter and from the "institutional" perspective, the questions of the "suspension" of membership and "expulsion" members are a matter of powers of the concerned international organization and its bodies and not an issue of prerogatives of the States party to the multilateral constituent treaty. Under the said "institutional" approach, it is argued that when the constituting treaty doesn't contain an expulsion clause, then "the organization" lacks the right to

---

[16] Article 5 of the Charter reads as follows: "A Member of the United Nations against which preventive or enforcement action has been taken by the Security Council may be suspended from the exercise of the rights and privileges of membership by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council. The exercise of these rights and privileges may be restored by the Security Council."

[17] Article 6 of the Charter reads as follows:
"*A Member of the United Nations which has persistently violated the Principles contained in the present Charter may be expelled from the Organization by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council*."

[18] On the relationship between the expelled State and the International Organization, *See* KONSTANTINOS D. MAGLIVERAS, *Exclusion from Participation in International Organizations. The Law and Practice behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, cit., 1999, p. 51.

[19] A VERHOEVEN, *How Democratic Need European Union Member States Be? Some Thoughts After Amsterdam*, 23 *European Law Review*, p. 217

[20] Article XVII, second period, of the Charter reads as follows: "The Council of the League may consider any state which fails to fulfil its obligations under the Charter as separated from the League, this to go into effect upon a unanimous decision of the states, not counting the state concerned".

[21] Memorandum by the Participants in the Washington Security Talks, July 6 to September 9, Submitted to Their Respective Governments for Study and Comment, https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1948v03/d150.

[22] A. SARI, *Can Turkey be Expelled from NATO? It's Legally Possible, Whether or Not Politically Prudent*, cit.

[23] *Ibid*.

[24] Art. 13 of the Washington Treaty reads as follows: "After the Treaty has been in force for twenty years, any Party may cease to be a Party one year after its notice of denunciation has been given to the Government of the United States of America, which will inform the Governments of the other Parties of the deposit of each notice of denunciation."

[25] Art. 12 of the Washington Treaty reads as follows: "After the Treaty has been in force for ten years, or at any time thereafter, the Parties shall, if any of them so requests, consult together for the purpose of reviewing the Treaty, having regard for the factors then affecting peace and security in the North Atlantic area, including the development of universal as well as regional arrangements under the Charter of the United Nations for the maintenance of international peace and security."

suspend or expel members [26]; further, according to the same doctrine, a general right to suspend or expel does not exist in international law. The argument is reinforced relying on the consideration that if many constitutions contain expulsion clauses, then it would be difficult to accept that constitutions which lack such clauses (or declarations to the same effect), entail nonetheless the attribution of such a right to the organization[27].

Nevertheless, the opinion expressed in leading works about the law of international organizations, holding expulsion in the absence of an expulsion clause in not permitted, is not always expressed in absolute terms[28]. Accordingly, material changes in circumstances - for instance when the very existence of the organization is threatened by the continued membership of a State - could justify an expulsion[29]. International organizations are also deemed to have the "implied" right to expel members in exceptional circumstances, when necessary to protect the organization form obstructive behavior of a member, preventing or impairing the functioning of the organization[30].

The concept of "implied" rights is a slippery one. Implied rights of an International Organization are part of those set of rights or powers necessary to the functioning of the organization which are deemed to have been transferred to the organization by member States, although not explicitly. By contrast, "inherent" powers or rights are those that are an attribution of any international organization as such in the shape of a natural right. Attributions related with the preservation of the functioning of the organization or its processes seems closer to the idea of "inherent" rights or powers, although the difference between what is "implied" and what is "inherent" has shown to be sometimes blurred[31]. In any case, expelling members States does not seem to reflect an inherent right or power of international organizations and such right or power appears to be difficult to harmonize with the very idea of the instrumental character of international organizations for the purposes of member States. The reference to the "implicit" character of the right to expel members does not seem to be particularly useful either: States by becoming members to an organization submit themselves to the house rules and that is it. If States were willing to transfer to the international legal person the power to dispose of their rights of participation in the organization by suspension or expulsion, they would have done it explicitly. Further the fact that certain constitutive treaties contain suspension and/or expulsion clauses weakens the "implicit powers" argument.

Two arguments additionally made under the law of international organizations[32] in favor of a "right to expel" in the absence of specific clauses in the constitutions are based upon provision contained in the VCLT. Reference is in this case to the provision on the termination of a multilateral treaty as a consequence of its breach (art. 60.2) and on the substantial changes of circumstances - already mentioned above. The reference to the provisions of the VCLT as an "argument" for the right to expel members (rather as the source of such right through the direct application of its provisions), is consequential with the institutional perspective, whereas the focus is on the "rights" of the organization, its bodies and members, rather than on the "contractual" prerogatives of the States party to the constituent treaty. Another reason the said provisions are an "argument" for the power of organizations to expel is because the relevant rules of international organizations may, as will be observed in the next paragraph, entirely or partially displace the application of the provisions of the VCLT.

---

[26] H. G. SCHERMERS – N. M. BLOKKER, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Fifth Edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 118.

[27] F. ZEIDLER, *Der Austritt under der Ausschluss von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinigten Nationen,* Peter Lang, 1990, p. 152ff.

[28] NIGEL D. WHITE, The Law of International Organizations, Third edition, Oxford University Press, 2017, p. 122.

[29] *Ibid.*

[30] H. G. SCHERMERS – N. M. BLOKKER, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, Fifth Edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 118; J. KLABBERS, *An Introduction to international institutional law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 66.

[31] On the inconsistencies in the strings of authorities ordinarily relied on by international courts to derive from the right of international organizations properly jurisdictional powers, we would like to refer to J.P. PIERINI, *The Inflated Invocation of Inherent Jurisdiction and Powers by International and Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Between Gap Filling and the Erosion of Core Values*, *Quaderni Europei*, n. 75, http://www.cde.unict.it/content/scienze-giuridiche.

[32] N. D. WHITE, The Law of International Organizations, cit., p. 124.

3. The *Lex specialis* of international organizations preventing the application of the VCLT

Before considering the relationship between the rules established in the constituent treaty and the law of treaties it is worth to briefly examine the "purpose" of international organizations. The very question of the extent to which international organizations are subject to international law has led to a distinction in respect of the relationship between the international organization (IO) and States.

The so-called vertical relationship – by which States create their instrumentalities - suggests that international organizations are appropriately characterized as vehicles through which states operate. By contrast, under the "horizontal relationship", IOs are states' peers on the international plane[33]. As observed recently "some IOs will be closer to the peer end, perhaps because of their resources or authorities … others will be closer to the vehicle end, perhaps because of their decision-making structure or limited membership. The "vehicle" character may seem especially appropriate for an organization like NATO, for example, in light the rule that its twenty-eight member states must reach consensus before making important decisions"[34]. The distinction was further elaborated in respect of the "apprehensions"[35] deriving from States exploiting international organizations to evade their obligations under international law and States being subjected the autonomous decisions of their instrumentalities. The distinction seems us useful in order to consider the purpose of the applicability of the law of treaties and the limits of such applicability due to rules of the house. Accordingly, in general terms, for IOs set up as "instrumentalities" or "vehicles" for State's purposes, there are fewer reasons to displace the law of treaties.

Under article 5 of the VCLT, the Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization "without prejudice to any relevant rules of the organization"[36].

The drafting history of the provision shows that the provision was initially to be found in the same article dealing with suspension and termination. It became later a "general clause" ensuring precedence to the relevant rules of the international organization, as *lex specialis*, over the law of treaties representing the *lex generalis*[37]. Apart from its generalization as a safeguard clause, the original *caveat* about the termination of constituent treaties of international organizations in case of a material breach by a party was construed in the draft articles in much narrower terms. In its original version the provision established that "any question of the termination or suspension of the rights or obligations of any party to the treaty shall be determined by decision of the competent organ of the organization concerned, in accordance with its applicable voting rules"[38].

At the material time when the "draft articles" were presented by the International Law Commission, in 1963, the then special rapporteur, Sir Humphrey Waldock, noted that "admittedly, some of the more loosely knit organizations contain no provisions concerning termination or suspension of membership, or concerning withdrawal from the organization; and in some cases the only form of common organ they envisage is the occasional calling of a conference of the members […] [e]ven in such cases, however, it would seem that the expulsion of a party from the treaty regime or the termination or suspension of the treaty should, in principle, be questions for some form of "collegiate" decision within the organization."

The "not our business" approach towards international organizations and the issue of expulsion of members revealed in the reports could stand for the inherent or implicit power to expel. The relevance of the drafting history for the interpretation of an international convention is a

---

[33] K. DAUGIRDAS, *How and Why International Law Binds International Organizations, Harvard International Law Journal*, Vol. 57, n. 2 (2016), p. 327.

[34] K. DAUGIRDAS, *How and Why International Law Binds International Organizations*, cit., p. 328 and fn. 15.

[35] K. DAUGIRDAS, *How and Why Inter national Law Binds International Organizations*, cit., p. 329, 342.

[36] M. M. GOMAA, *Suspension Or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, 1996, p. 55.

[37] M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, 2009, p. 117.

[38] Art. 20.5 of the draft articles, in *Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, A/CN.4/156 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963 , vol. II, p. 73.

controversial issue on itself which cannot be addressed in this Paper[39]. In any case, arguments eventually drawn from the later more generic wording of the safeguard for relevant rules of international organizations and its relocation are twofold and intrinsically supportive for both, the less constrained application of the rules about the termination of multilateral treaties to constituent treaties and the more general and derogatory special rules about membership in international organizations.

Nor the works on the effects of armed conflicts on treaties provide more clarity. The position that the question of the effect of the outbreak of hostilities upon treaties was not properly a part of the law of treaties was expressed during the codification process of the VCLT[40]. The topic was accordingly excluded from the VCLT (art. 73). The matter was later on resumed and considered for inclusion in the International Law Commission (ILC) long-term program of work[41] and re-attributed to the law of treaties as the more attractive categorization[42]. The first proposed draft articles provide an autonomous (as a matter of fragmentation) definition if "armed conflict" as "a state of war or a conflict which involves armed operations which by their nature or extent are likely to affect the operation of treaties" (art. 2)[43]. The draft articles are characterized by the rejection of the opinion of the *Ipso facto* termination or suspension, the need to consider object and purpose of a treaty and the intent of the parties at the time of their conclusion, without prejudice for express provisions and also tentative listing of treaties involving the necessary implication that they continue to operate. In case of an armed conflict the mode of suspension or termination shall be the same as in those forms of suspension or termination included in the provisions of articles 42 to 45 of the VCLT.

Unfortunately, the Reports don't consider at all constituent treaties of international organizations. This happened based on conflated arguments referring to treaties involving international organizations (and the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, symmetric to the VCLT) and also on the different topic of responsibility of international organizations[44].

Since the adoption of the VCLT in 1969, there has not been any case of suspension or selective termination of membership (in the like of an expulsion of the defaulting member) because of a material breach of multilateral treaties establishing international organizations silent about suspension or expulsion. Further there isn't much practice about termination of multilateral treaties at all.

The "*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*"[45] case, decided by the International Court of Justice, may provide some guidance as to the applicability of the provisions of the VCLT on the termination and suspension of multilateral treaties, to constituent treaties and the interpretation of the "without prejudice to any relevant rules of the organization" clause in art. 5 of the VCLT. India following the diversion of an Indian civilian flight by Pakistan "terminated" the Chicago Convention and the Transit Agreement *vis-à-vis* Pakistan, closing its airspace to Pakistan civil overflights. Pakistan seized the ICAO Council with the matter. Under art. 84 of the Chicago Convention, the ICAO Council has jurisdiction to entertain disagreements relating to the interpretation or application of the Convention and the transit agreement. India asserted that being

[39] According to the International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 109-110, para. 160, to confirm the meaning resulting from interpretation or to remove ambiguity or obscurity, or to avoid a manifestly absurd or unreasonable result, recourse may be had to the supplementary means of interpretation which include the preparatory work of the Convention and the circumstances of its conclusion.

[40] *First report on the effects of armed conflicts on treaties by Mr. Ian Brownlie, Special Rapporteur*, A/CN.4/552, April 21, 2005, p. 213.

[41] Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/55/10), paras. 726–728 and 729.

[42] *First report on the effects of armed conflicts on treaties by Mr. Ian Brownlie, Special Rapporteur*, cit., p. 214 and also *Second report on the effect of armed conflicts on treaties, by Mr. Ian Brownlie*, Special Rapporteur A/CN.4/570, June 16, 2006, p. 252.

[43] The definition is based on that adopted by the Institute of International Law in its resolution of 28 August 1985, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 61, part II, p. 278.

[44] Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Sixth Committee, 19th meeting (A/C.6/61/SR.19), para. 44.

[45] International Court of Justice (ICJ), *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1972, p. 46.

the termination based on the law of treaties and not on the ICAO Convention or the Agreement, the Council lacked jurisdiction. The Council rejected the exceptions by India to its jurisdiction. Subsequently India appealed the Council decision seeking from the International Court of Justice a declaration of lack of jurisdiction of the Council[46]. The Indian claims[47] were also based on the so called "special regime" replacing the treaties already suspended in 1965.

The International Court affirmed its jurisdiction to entertain the appeal … but rejected the Indian claims. The Court held that the "case [was] one of mutual charges and counter-charges of breach of treaty which cannot, by reason of the very fact that they are what they are, fail to involve questions of the interpretation and application of the treaty instruments in respect of which the breaches are alleged" [48]. The competence of the Council was further affirmed because of the existence of the "war clause" under art. 89 of the Convention, whose scope as a "suspension clause" needed to be interpreted.

As to the alleged selective termination of the Chicago Convention and the Transit agreement, in its separate opinion judge De Castro addressed the issue of the relationship between the general *caveat* about international organizations and the termination provisions of the VCLT. According to the opinion, in any treaty creating an organization a distinction is to be drawn between the constituent instrument of the organization, which is subject to the *Iex generalis* on the coming to birth of treaties, and the constitution which sets up the *lex specialis* or rules to govern the life and functioning of the organization[49] In its opinion judge De Castro stressed the fact that "it was in order to facilitate the achievement of the objects and principles of the Organization, it was to facilitate its functioning, that a system was set up for settlement of disputes between States as to the exercise or the breach of their rights and obligations"[50]. The said reference was to art. 84 of the Convention[51] and art. II of the Transit Agreement. The separate opinion further refers to substantial principles reflected in the Chicago convention, as the principle of non-discrimination between member States (art. 44) and the special rules set out for the denunciation of the treaty (art. 95); Rules which "combined together" excluded the possibility to terminate the treaty *vis a vis* a single member.

The conclusions of the separate opinion are that treaties creating organizations are subject to "special rules" and not to the rule laid down in the VCLT, that the rules of the Chicago Convention do not recognize the possibility of a State declaring the Convention at an end *vis-à-vis* one other State and that the special rules of the Convention and the Transit Agreement exclude any possibility of applying the rule laid down in the VCLT[52]. At this purpose, it may be argued that if treaties creating organizations are subject to special rules, and not to the rule laid down in the VCLT, there wouldn't

---

[46] In its application India asked the Court to declare that the "*Council has no jurisdiction to handle the matters presented by the Respondent in its Application and Complaint, as the Convention and the Transit Agreement have been terminated or suspended as between the two States*".

[47] The Indian contentions, excluding the terms of references for the Council's jurisdictions, were summarized as follows in the judgment:

(i) the treaties [were] terminated or suspended, so they [could not have been] interpreted or applied at all;

(ii) the question whether they [had] been (validly) terminated or suspended, [was] not one of interpretation or application;

(iii) in any event the answer to that question [depended] on considerations lying outside the treaties altogether.

[48] *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, *cit*, § 37.

[49] *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, *cit*, *Separate opinion of judge F. De Castro*, p. 129.

[50] *Ibid.,* p. 131.

[51] Article 84 of the Chicago Convention reads as follows: "Settlement of any disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of this Convention and its Annexes cannot be settled by negotiation, it shall, on the application of any State concerned in the disagreement, be decided by the Council. No member of the Council shall vote in the consideration by the Council of any dispute to which it is a party. Any contracting State may, subject to Article 85, appeal from the decision of the Council to an ad hoc arbitral tribunal agreed upon with the other parties to the dispute or to the Permanent Court of International Justice. Any such appeal shall be notified to the Council within sixty days of receipt of notification of the decision of the Council."

[52] *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, *cit*, *Separate opinion of judge F. De Castro*, p. 132.

be any need to consider that the special rules of the Convention and the Transit Agreement exclude any possibility of applying the rule on termination in the VCLT.

The relationship between the "house rules" and the law of treaties was further considered by Judge Jiménez de Aréchaga in its separate opinion. While recalling the invocation as that by India that a treaty or some of its provisions were suspended or terminated, he argues that "when one party had already resorted to the organ provided for in the treaty, it would seem difficult to accept, as a matter of principle, that the jurisdiction thus invoked might be ousted by the other party's allegation of a breach and claim that it constituted a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part" [53]. He further argued that an invocation of a material breach poses a question of interpretation of the relevant treaty, but the main objection to the application of the VCLT seems to be jurisdictional and rooted *ad hoc* remedies under house rules.

For those interested in the ongoing "Qatar – Gulf crisis", which led to two appeals against ICAO Council decisions dealing with airspace restrictions towards Qatar[54], it is worth observing that by contrast with the case between India and Pakistan the restrictions were by the blocking States defined as "legitimate, justified, and proportionate response to Qatar's breaches of its International obligations" and framed as "countermeasures" in response of internationally wrongful act rather than measures under the VCLT. At issue there is again the jurisdiction of the ICAO Council, which was contested in preliminary objections (disposed of) as by ruling on the "lawfulness of the countermeasures adopted … including certain airspace restrictions, the Council would be required to rule on Qatar's compliance with critical obligations under international law entirely unrelated to, and outwit the Chicago Convention". The change in perspective from the prior 1972 appeal against an ICAO Council decision is puzzling. The term "countermeasure" reflect the wording of the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts[55], whereas it identifies "measures that would otherwise be contrary to the international obligations of an injured State vis-à-vis the responsible State, if they were not taken by the former in response to an internationally wrongful act by the latter in order to procure cessation and reparation" as "a feature of a decentralized system by which injured States may seek to vindicate their rights and to restore the legal relationship with the responsible State which has been ruptured by the internationally wrongful act"[56]. During the Public sittings, the appellants distinguished their case further[57] "India's defence focused upon whether or not the Chicago Convention and IASTA had been validly terminated or suspended or whether they continued in force as between India and Pakistan [and that] ... there was no argument as to obligations or legal principles wholly extraneous to the provisions of these Treaties". The fact that extraneous obligations were invoked by the appellants to introduce airspace restrictions and such restrictions are purported as wholly extraneous to the regime of the Chicago Convention is strictly instrumental to the intent to exclude the jurisdiction of the ICAO Council and its special features preventing the applicability of the VCLT.

Should the compatibility of the rules of the VCLT be assessed in respect of the Washington Treaty establishing NATO, the outcome would probably be different from that of the Chicago Convention. In the Washington treaty there are no specific provisions about "suspension" in the like of art. 89 of the Chicago Convention and there is no specific mechanism available for the solution of disputes on the interpretation or application of the treaty. As juxtaposed to article 84 of the ICAO

[53] *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, *cit*, *Separate opinion of judge Jiménez de Aréchaga*, p. 148.

[54] *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar)*, and *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and United Arab Emirates v. Qatar)*.

[55] Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10).

[56] *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, Commentary to Chapter II, p. 128.

[57] Malcolm Shaw, public sitting held on Monday 2 December 2019, at 10 a.m., *verbatim records*, p. 67.

Convention and to the judicial functions of the ICAO Council[58], art. 9 the Washington Treaty established the NATO Council to consider matters concerning the implementation of the treaty.

The NATO treaty does not contain provisions specifically binding the parties with regard to the settlement of disputes. Art. 1 of the NATO treaty recalls disputes[59] by mirroring art. 2.3 of the U.N. Charter[60], but doesn't empower the organization or its organs. The Ottawa treaty includes a provision for the settlement of disputes (art. XXIV)[61] covering disputes arising out of contracts and other disputes of private character and also disputes related to immunities of officials and experts of the organization. The provision doesn't apply to disputes between member States in respect of alleged breaches of the Washington treaty.

The Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, signed in London the 19th of June 1951 contains a provision about the settlement of differences as to the interpretation or application of the agreement (art. XVI). Accordingly, "all differences between the Contracting Parties relating to the interpretation or application of this Agreement shall be settled by negotiation between them without recourse to any outside jurisdiction … except where express provision is made to the contrary in [the] Agreement, differences which cannot be settled by direct negotiation shall be referred to the North Atlantic Council". The "referral" to the Council is "for consideration only" - as there is no provision for any binding decision to be adopted against one of the contracting parties - and limited to the agreement. The agreement contains also a narrow provision about the solution of certain disputes between the members of the organization (art. VIII.8)[62] as to whether a tortious act or omission was done in the performance of official duty or was unauthorized.

The provisions contained in the NATO constituent treaty outline a constitutionally minimalistic international Organization. NATO has since its establishment grown and become a very complex structure from an organizational viewpoint, articulated as it is through a significant number of subsidiary bodies and "derivate" international organizations in their own as argued in respect of the Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE)[63]. Nonetheless, NATO remains a constitutionally scarcely shaped organization. This causes, in our view, a lack of "relevant rules" in the treaty of such a character as to prevent, as *lex specialis,* the operation of article 60.2 of the VCLT. On the other side, the organizational complexity as such shouldn't bar the application of the VCLT. The provision about disputes between members in the NATO treaties and agreements as a whole consolidated *acquis*, don't establish specific dispute solution mechanism able to displace the mechanism established in the VCLT and its Annex (*infra*).

---

[58] At this purpose, *See* the identical arguments in the Joint Application in the separate pending ICJ cases *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar)*, and *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and United Arab Emirates v. Qatar)*.

[59] Art. 1 of the Washington Treaty reads as follows: "the Parties undertake, as set forth in the Charter of the United Nations, to settle any international dispute in which they may be involved by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered, and to refrain in their international relations from the threat or use of force in any manner inconsistent with the purposes of the United Nations."

[60] Art. 2.3 of the Charter states that: "All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered".

[61] Article XXIV of the Ottawa Treaty established that:
"The Council shall make provision for appropriate modes of settlement of:
a. disputes arising out of contracts or other disputes of a private character to which the Organization is a party;
b. disputes involving any official or expert of the Organization to whom Part IV of this Agreement applies who by reason of his official position enjoys immunity; if immunity has not been waived in accordance with the provisions of Article XXII."

[62] Art. VIII § 8 of the London Treaty states that: "If a dispute arises as to whether a tortious act or omission of a member of a force or civilian component was done in the performance of official duty or as to whether the use of any vehicle of the armed services of a sending State was unauthorized, the question shall be submitted to an arbitrator appointed in accordance with paragraph 2 b. of this Article, whose decision on this point shall be final and conclusive".

[63] At this purpose, *See* ANDRÉS M. MOSQUERA, *The 7 Questions on: International Law – International Organizations – SHAPE, NATO Legal Gazette*, Issue 29, December 15, 2012, p. 5ff.

As observed in legal literature, despite the great variety between the roughly 300 existing international organization and the clear acknowledgment of the existence of vide ranged differences, there is the tendency to treat them alike[64]. Although, within this variety and taking into account the absence of established rules or practice, the degree of "resistance" to the application of the provisions of the VCLT to a given international organization is directly related to the "level of institutionalization" of the said international organization; and NATO, despite its significant organizational development can be placed in an area of "modest institutionalization".

4. Suspension and termination of multilateral treaties under the VCLT

Despite the special nature of multilateral treaties establishing international organizations and the need to preserve the relevant rules of the organization as *lex specialis*, the provisions of the VCLT may integrate constituent treaties with the provisions about suspension and termination.

As observed in the previous paragraph, in the case of NATO, the features of the constituent treaty (and those of the related treaties) and the rules of the organization don't seem to constrain the application of the provisions of VCLT on suspension and termination.

The integration of the constituent treaty under the VCLT requires shifting from the institutional perspective to the contractual one, whereas States parties to a multilateral treaty react to a material breach as sovereign subjects rather than as "shareholders" in the international organization and its bodies. Suspension and termination under the VCLT operate accordingly, as "remedies" to a material breach which are not part of the house rules and does not attach to the bodies of the international organization.

Looking closer at the provisions of the VCLT, as a general rule on termination and suspension, a treaty may be terminated or suspended in conformity with its provisions or at any time by consent of all the parties (respectively articles 54 and 57 of the VCLT).

A "partial suspension" of the operations of a multilateral treaty containing no provision on the suspension by consent of certain parties only (and not depending from a prior breach) is possible when two or more parties conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty temporarily and as between themselves, provided that such suspension does not affect the enjoyment by the other parties of their rights or the performance of their obligations. Additionally, the agreed suspension must not be incompatible with the effective execution of the treaty as between the parties as a whole of the object and purpose of the treaty (art. 58 of the VCLT). Unless the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

a) Requirements for the VCLT provisions to apply to a treaty

The provisions of the VCLT about the suspension of the operation of a treaty and the termination of a treaty (art. 60, paragraphs 1 – 3) as a consequence of its breach are applicable to treaties provided that the treaty to be suspended or terminated:

- doesn't contain specific provisions applicable in the event of breach, as such provisions are not prejudiced by the VCLT (art. 60.4), and
- the provisions to be suspended or terminated are not provisions relating the protection of the human person contained in treaties of humanitarian character, in particular provisions prohibiting any form of reprisal against persons protected by such treaties (art. 60.5).

The absence of specific provisions addressing the event of breach is a typical requirement and, as seen in the previous paragraph, also provisions about disputed and interpretation of a treaty may impede the application of the provisions on termination of the VCLT. The NATO treaty as such doesn't address breaches and doesn't fall under one of those categories for which suspension of termination are excluded.

b) Material breach.

[64] J. KLABBERS, *Unity, Diversity, Accountability: The Ambivalent Concept of International Organization, Melbourne Journal of International Law*, Vol 14 (2013), p. 2-3.

The suspension and termination provisions under article 60 require a "material breach" of the treaty. Such a breach is defined for the purpose of article 60 alternatively as a "repudiation of the treaty" not sanctioned by the VCLT or a "violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty" (art. 60.3)[65].

In the "Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council", India submitted that Pakistan "by its conduct [had] repudiated the Convention vis-à-vis India, since its conduct has militated against the very objectives underlying, and the express provisions of, the Convention, and has been completely and totally against the principle of safety in civil aviation". As will be seen in the next pages, the "termination" under the VCLT was more complex than the termination invoked by India which could have been better invoked the selective suspension.

The violations of essential provisions of the constituent treaty is not either easy to define NATO's 2010 Strategic Concept describe its essential mission as ensuring "that the Alliance remains an unparalleled community of freedom, peace, security and shared values"[66]. Nevertheless, under the Washington treaty, human rights violations are not directly related to the accomplishment of the purpose of the treaty and a member State going rogue is not as such breaching the treaty. Should the domestic situation of a member State depart from the shared values, this does not bring such State in breach of the treaty. As the Strategic Concept is merely descriptive and programmatic, it does not seem necessary to reopen the question if the NATO Strategic Concept is a subsequent agreement under the VCLT (art. 31) and if the NATO treaty is so to say "on wheels"[67]. Those same violations of the U.N. Charter incorporated in the NATO Treaty could be deemed essential (articles 1, 2 and 7); nevertheless, a symmetry with the U.N. Charter would raise questions about an asymmetric treatment of the violation within the U.N. framework, notoriously inspired by an at least "cautious" approach to suspension and furthermore to expulsion.

The obligation outlined in article 3 of the Washington treaty, calling up the parties "in order to … achieve the objectives of this Treaty separately and jointly, by means of continuous and effective self-help and mutual aid, will maintain and develop their individual and collective capacity to resist armed attack" reminds the wording of art. 60.3 (violation of a provision "essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty"). By the way, it is worth observing that the "failure to meet a target of 2% GDP in defense expenditure" is not directly a violation of the Treaty as the said expenditure target was adopted in the 2014 conclusions of NATO Summit in Wales, after having been used for almost two decades as guidance for potential new members of the Alliance. Taking a course conflicting with commitments related to the interoperability of NATO forces isn't directly a violation of the treaty.

The well-known clause enshrined art. 5 of the Washington treaty, obligating a member State shall take such assistance measures "as it deems necessary" is probably easier to be "repudiated" than "violated". Under article 8 the parties "undertakes not to enter into any international engagement in conflict with [the] Treaty" and new alliances, even informal ones, could determine a material breach of the provision even if solely indirectly related with article 5 circumstances – as may be the case of the messy Syrian context.

c) Termination or suspension by unanimous agreement of all but the defaulting State

Art. 60.2 of the VCLT outline an articulated series of possible reactions to a material breach of a multilateral treaty by one of the parties. Accordingly, such a breach entitles:

(a) All the other parties, by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

---

[65] According to B. SIMMA – C. TAMS, in O. CORTEN – P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011 Vol. I, p. 1372, the decision to terminate the treaty needs to take into account the proportionality.

[66] https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_68986.htm?selectedLocale=en

[67] In respect of the 1999 NATO Strategic Concept, the question was answered in the negative by the German Constitutional Court. At this purpose *See*, *New Strategic Concept Case, Parliamentary group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament v Federal Government (represented by the Federal Chancellor), Constitutional dispute between federal organs* (Organstreitverfahren), 2 BvE 6/99, ILDC 134 (DE 2001), 22nd November 2001, Germany; Constitutional Court [BVerfG]

(i) In the relations between themselves and the defaulting State, or

(ii) As between all the parties.

The "selective" termination under (i) leaves the multilateral treaty working except for the defaulting State (the "all but one" model) and equates in its effect an expulsion of the defaulting State. The termination under (ii) is a "total" termination of the treaty.

If the "termination" in respect of the sole defaulter should be used to surrogate the lacking provision on "expulsion" in the NATO treaty, then all members except the defaulter need to concur in the measure.

d) Suspension by the specially affected State or by other States and "all but one" agreed suspension.

Suspension may eventually less burdensome than termination as under art. 60.2(b) a party "specially affected by the breach" is entitled to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part, in the relations between itself and the defaulting State.

Further, under art. 60.2(c) any party other than the defaulting State is entitled to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself "if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty". A material breach in an alliance treaty may "specially affect" more than one party and eventually all parties. On the other side, the obligations established in the NATO treaty – reference is to articles 3, 5 and 8 – are of such a nature that a breach by one party radically changes the position of every other party.

In respect of the later situation, the International Law Commission explained in its Report to the General Assembly that it considered "that any party must be permitted without first obtaining the agreement of the other parties to suspend the operation of the treaty with respect to itself generally in its relations with all the other parties"[68].

The adjective "radically" used in art. 60.2(c) is also to be found in art. 62 about "fundamental changes in circumstances" allowing for the termination of a treaty, when the effects of such changes is "radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty". The later article codifies the customary principle known as *rebus sic stantibus*. The definition of the changes radically transforming the extent of the obligation was widely discussed by the Commission and the Report mentions the viewpoint of some members holding that "mere changes of policy on the part of a Government cannot normally be invoked as bringing the principle into operation" … but "instancing a treaty of alliance as a possible case where a radical change of political alignment by the Government of a country might make it unacceptable, from the point of view of both parties, to continue with the treaty"[69].

Both alternatives suggest that a "selective" suspension in respect of the defaulting party could under art. 60.2(b) or (c) be adopted "coalition-wise" either by specially affected States or by States whose position is radically changed by the breach and that the unanimous agreement requirement under art. 60.2(a) does not necessarily need to be fulfilled. However, the absence of such requirement calls into play the procedural safeguards and the prior notification requirements explained in the next subparagraph.

e) Procedural aspects.

Where the parties to the treaty, other than the defaulting party alleged to be in breach, unanimously agree to suspend the operations of the treaty or to terminate it either in relations between themselves and the defaulting party or generally, the safeguards established in articles 65 to 68 don't apply[70]. Such safeguards apply conversely when the suspension of the operations of a multilateral

---

[68] *Report of the of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session*, 4 May - 19 July 1966, *Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Supplement* No. 9 (A/6309/Rev.1), p. 255.

[69] Report of the of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, cit. p. 259.

[70] I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, second edition, Manchester, 1984, p. 189.

treaty or termination isn't unanimously agreed by all the non-defaulting parties, and require a prior notification indicating the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor (art. 65.1).

After the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party (or the parties) making the notification may carry out the proposed suspension of termination. If an objection is raised, the parties shall seek a solution through the means indicated in art. 33 of the U.N. Charter (art. 65.3)[71]. If no solution has been reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of the provisions on the suspension or termination may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

The Secretary-General then brings the dispute before a "conciliation commission" as established in the Annex. If the conciliators don't appoint the chairman of one of the parties don't appoint the conciliators, the appointment shall be made by the Secretary-General. The conciliation is compulsory and goes forth despite the obstruction of the defaulting party.

The termination of an arbitration agreement under art. 60.1 of the VCLT while the arbitration was already in motion has been recently addressed the arbitral tribunal dealing with the territorial and maritime dispute between Croatia and Slovenia[72]. The material breach alleged by Croatia was represented by procedural misconduct asserted to irremediably taint the arbitral proceeding by a member of the arbitral tribunal appointed by Slovenia.

The move, beyond the immediate intent to terminate the arbitral procedure, was also aimed at "shifting" the objections of Slovenia to the termination from the arbitral forum to the procedure established by art. 65.3 and the "Conciliation process" established in art. 66 and in the Annex to the VCLT. The arbitral tribunal didn't decline it jurisdiction and asserted its *kompetenz-kompetenz* and the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction[73].

The tribunal further acknowledged that the arbitration agreement recalled the Permanent Court of Arbitration (PCA) Rules providing that "[t]he arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement"[74]. In its decision, the tribunal also relied on article 65.4 of the VCLT stating "[n]othing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes"[75]. The said provision must be interpreted as inclusive of the tribunal inherent jurisdiction to decide upon its own jurisdiction.

The suspension or termination, if no objections have been raised or the objections have been properly settled, has to be carried out through an instrument carried out through an "instrument" communicated, as a general rule, to the other parties (art. 67). The issue of the "instrument" was addressed in the Second Report on the Law of Treaties by the special rapporteur Fitzmaurice[76]. According to the rapporteur, although it is usual, and prima facie desirable, that any agreement terminating, replacing, revising or modifying a treaty, should take the form of a single instrument or

---

[71] Article 33 of the Charter reads as follows:
"*1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.*
2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means."

[72] *In the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, Signed on 4 November 2009*, Partial Award, 30 June 2016. Available at the following link: https://pcacases.com/web/sendAttach/1787

[73] *Ibid* § 148.

[74] *Ibid* § 158.

[75] *Ibid* § 165.

[76] *Second Report on the Law of Treaties by Mr. G.G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, A/CN.4/107, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. II, p. 27 and also p. 46.

a single exchange of notes, duly subscribed to, there is in law nothing to prevent it taking other forms, for example … in appropriate cases, a unanimous vote taken at an assembly of an international organization and recorded in the minutes, provided the delegates are duly authorized to that effect. The reference to a unanimous vote has in this case to be read as a surrogate of an agreement among all parties which would otherwise sign an agreement. The reference does obviously not rule out that a suspension may be decided by specially affected States only or by those State whose position in respect of the obligation has changed radically following the breach without any need for a unanimous agreement on the suspension.

The applicability of article 60.2 to constituent instruments of international organizations requires caution for the organization whose "position" may be affected by reactions of the parties to the material breach. The need to consider the "position" of the international organization has been argued with reference to the principle embraced under art. 37.2 of the VCLT on rights arisen for a third State from a treaty. As a general rule, such rights may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State. The same provision was subsequently transposed in article 37.3 of the Draft articles on the law of treaties between States and international organizations or between international organizations, dealing with rights arisen for "third organization". The international organization whose constituent treaty is being selectively suspended or terminated under art. 60.2 *vis-à-vis* a defaulting member, isn't a "third" organization *strictu sensu* and membership rights are not owned by the organization but by member States. The cautions for the position of the international organization is rather aimed at taking into account its international personality and the consequences of a partial termination in terms of seat, finances, need to review subsidiary bodies and agreements entered into by the organization and eventually adopt segregated structures and duplicate activities.

Having in mind the organizational complexity of NATO a termination or suspension should take into consideration:

- all related treaties, agreements and arrangements, to include cooperative programs to which the measure should extend and, except in case of unanimous termination or suspension;
- the effects on the composition and the working procedures of the main bodies, the subsidiary bodies the military headquarters and
- re-shape the sharing of information between the parties.

The termination or suspension procedure would need to be carefully engineered and planned and would perhaps pose also budgetary questions in order to take into account the "position" of the international organization which would face the challenge of eventually operate segregated functions.

5. Conclusions

The Turkey – NATO relationship represent an ever-changing and rather kaleidoscopic scenario. While the analysis of the international scenario is better left to political analysts and to those dealing with international relations, the original question about reactions as suspension and expulsion from the Organization depend from the status of relationship, deserved at least an interlocutory answer.

The feasibility of an integration of the constituent treaty with the VCLT proved to be intriguing well beyond actual fluctuating relationship with Turkey. The procedure outlined in the previous paragraph has not yet been experimented in practice. Its application to the constituting treaty of NATO would prove to be rather difficult and complex. The selective termination for "all but one" in the like of an expulsion under art. 60.2(a)(i) requires the unanimity of all other parties. Any unanimous agreements to expel by selective termination of the constituent treaty a member would prove to be politically extremely expensive if not impossible. The "suspension" under art. 60.2(b) and (c) may be triggered by a State or a group of States "specially affected" by a fundamental breach and could determine, for the organization an operational split and most probably significant laps.

Conflicts have the potential to develop much faster than legal processes. In a speed-up world an eventual legal termination or a suspension could show ultimately irrelevant and desperate in the

pursuit of events shaping new alliances burying old ones. This said, the "VCLT option" is not entirely impracticable before a rupture arise and a notification under art. 65 might be instrumental to political goals and represent an attempt to compel abidance to treaty obligations or refresh the Alliance.

Le condotte vessatorie sul lavoro: la fattispecie militare

Mobbing in military workplace

di *Saverio Setti*[1]

Abstract. La figura del *mobbing*, di creazione giurisprudenziale, ha sempre presentato dubbi applicativi sul piano pratico, in ragione dell'indeterminatezza della fattispecie e della formale legittimità dei mezzi attraverso i dei quali questa è posta in essere. In un ambito, quale quello militare, particolarmente innervato da una rigida struttura disciplinare, è ancor più complesso tracciare una linea di confine tra legittimi atti correttivo-sanzionatori e contesti vessatori. Scopo del presente saggio è, pertanto, una definizione, tra dottrina, giurisprudenza e prassi, del *mobbing* nei contesti militari.

***Abstract**: The figure of mobbing, as jurisprudential creation, has always presented difficulties in terms of practical applications, due to the indeterminacy of the definition and to the formal legitimacy of the means by which mobbing is conducted. In a field, such as the military one, particularly innervated by a rigid disciplinary structure, it is even more complex to draw a line of boundaries between legitimate sanctioning acts and oppressive contexts. Therefore, aim of the present paper is try to find a definition, between doctrine, jurisprudence and practice, of military mobbing.*

Sommario: 1. Il diritto alla dignità professionale del lavoratore. - 2. Il *mobbing* in ambito militare e i profili di responsabilità. - 3. Il riparto di giurisdizione.

1. Il diritto alla dignità professionale del lavoratore

Il valore della dignità della persona umana è costituzionalizzato all'art. 3, mentre la protezione del lavoro e dei lavoratori è garantita dall'art. 35, c. 1. Di questo assetto ha preso atto lo Statuto dei lavoratori[2], che ha rubricato l'intero titolo I *Della libertà e della dignità del lavoratore*. A questo, si sono aggiunte specifiche disposizioni di legge aventi lo scopo di ulteriormente definire il perimetro protettivo del diritto alla dignità sul posto di lavoro. In primo luogo è vietata la discriminazione tra lavoratori, situazione che si verifica ogniqualvolta posizioni sostanzialmente identiche siano trattate in modo ingiustificatamente diverso, ma non avviene quando alla diversità di trattamento corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche[3]. Vietate sono, inoltre, le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati che violano la dignità delle persone in relazione ad un aspetto della

[1] Capitano dell'Esercito laureato in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.

[2] L. 20 maggio 1970, n. 300, Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.

[3] In merito cfr. Corte cost., 12 novembre 2004, n. 340, in www.cortecostituzionale.it. In punto di discriminazioni, deve distinguersi tra discriminazione per ragione di genere e per ragioni diverse da questo.
Le discriminazioni per ragioni di genere sono, a loro volta, bifasiche. Esistono, da un lato, le discriminazioni dirette, legalmente definite come «qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga» (ai sensi dell'art. 25, c. 1 del d.lgs. 198/2006, modificato dal d.lgs. 5/2010 in attuazione della direttiva 2006/54/CE).
La discriminazione di genere può anche essere indiretta, che si ha «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (art. 25, c. 2 del d.lgs. 198/2006).
Alle discriminazioni *gender based* si sono aggiunte, sulla spinta della normativa sovraordinata (direttive 200/43/CE e 2000/78/CE) altre base di discriminazioni vietate: razza, origine etnica, religione, condizioni personali, handicap, età, orientamento sessuale. Queste direttive sono state recepite dai due decreti legislativi 215 e 216 emanati nel 2003.

loro identità[4], si pensi alle molestie sessuali[5]. Secondo la definizione dei legge[6], le molestie sono «quei comportamenti indesiderati […] aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

In punto di molestie, la giurisprudenza di legittimità[7] ha stabilito che queste costituiscono una fonte di responsabilità per il datore di lavoro. Secondo la Corte, infatti, il disposto di cui all'art. 2087 c.c., che impone alla parte datoriale di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, non è circoscritto alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, ma riverbera la sua cogenza su tutte quelle condotte che ledono la sfera psicofisica del lavoratore. Pertanto, comportamenti vessatori, siano essi posti in essere con dolo o colpa, attuati nel luogo e durante l'orario di lavoro costituiscono, di per sé solo, responsabilità (oggettiva o soggettiva a seconda dei casi) contrattuale per il datore di lavoro, che risponde dell'inadempimento di una obbligazione *ex lege*. Ciò implica che il datore di lavoro, che venga a conoscenza di condotte vessatorie, è tenuto a porre in essere quanto necessario al fine di impedire il reiterarsi delle molestie, secondo i tradizionale criterio della massima sicurezza fattibile, con cui è unanimemente interpretato l'art. 2087 c.c.[8]

Una particolare fattispecie di condotte vessatorie racchiude quelle poste in essere, cumulativamente o separatamente, dai superiori o dai colleghi del lavoratore dirette ad escluderlo dal contesto lavorativo e relazionale fino ad indurne l'allontanamento dal posto di lavoro. Questa situazione, che ha assunto proporzioni senza dubbio rilevanti in vari contesti lavorativi, è nota generalmente con il termine *mobbing*[9]. Esso intende, in senso ampio[10], tutti quei comportamenti, reiterati nel tempo, da parte di una o più persone, superiori o colleghi della vittima, tesi «a respingere dal contesto lavorativo il soggetto mobbizzato che, a causa di tali comportamenti in un certo arco di tempo, subisce delle conseguenze negative anche di ordine fisico»[11].

---

[4] M. V. BALLESTRERO e G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017, 288.

[5] Ampia è la produzione dottrinale, tra cui M. BARBERA, *Molestie sessuali: la tutela della dignità*, in *Dir. prat. lav.,* 1992, 1401, A. CHIAVASSA e L. HOESCH, *Lavoro femminile: normativa antidiscriminatoria e molestie sessuali,* in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 543, A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro*. *Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000, S. VERDOLIVA, *Molestie sessuali sul luogo di lavoro e giusta causa di dimissioni*, in *Riv. giur. del lav.*, 1992, II, 1074 e M. MUSACCHIO, *Le molestie sessuali nella legislazione penale comunitaria*, in *Giust. pen.*, 2001, 667.

[6] Art. 26 del d.lgs. 198/2006, *Codice delle pari opportunità*.

[7] Cass., sez. lav., 17 luglio 1995, n. 7765, in *Giur. it*., 1996, I, 1110 e Cass., sez. lav., 8 gennaio 2000, n. 143, in *Foro it.*, 2000, I, 1554.

[8] Cfr. *ex multis* M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, 306, L. FANTINI e A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2011, 114, R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro,* Milano, 2010, 480 – 484 e F.GIUNTA e D. MICHELETTI, Milano, 2010, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, 2010, 214; in giurisprudenza si segnalano Cass. sez. lav., 9 maggio 1998, n. 4721, Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 1999, n. 9328 e Cass. sez. lav., 16 maggio 2017n. 12110.

[9] Dal verbo inglese *to mob* il cui campo semantico rimanda alla persecuzione, alla vessazione, all'abuso, alla violenza psicologica o morale, all'intimidazione, all'assalto e al maltrattamento.

[10] Più precisamente dovrebbe parlarsi di *mobbing* in senso stretto (o *mobbing* orizzontale) quando le condotte vessatorie sono poste in essere dai colleghi della vittima (detta soggetto *mobbizzato*) e di *bossing* (o *mobbing* verticale) quando le medesime condotte siano poste in essere da uno o più soggetti (*mobber*) che si trovino gerarchicamente sovraordinati alla vittima. Per approfondire cfr. P.G. GABASSI*, Psicologia del lavoro nelle organizzazioni*, Milano, 2012, 281, P.G. MONATERI, M. BONA e U. OLIVA, *Mobbing: vessazioni sul lavoro,* Milano, 2000, 10, A. PEDRON e R. MAERAN, *Psicologia e mondo del lavoro: temi introduttivi alla psicologia del lavoro*, Milano, 2002, 284 e P.G. MONATERI, *Accertare il mobbing. Profili giuridici, psichiatrici e medico legali. Proposta per la valutazione medico legale del danno psichico da mobbing*, Milano, 2007, 50**.**

[11] *Ex multis* M. V. BALLESTRERO e G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, 297, A. LIBERATI, *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 265, M. PEDRAZZOLI, *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, 589, T. GRECO, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, Milano, 1999, 66, H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Milano, 2002, 123, AA.VV., *Mobbing – tutela civile, penale ed assicurativa*, Milano, 2006, 427, D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, 84, e M. GENTILE*, Il mobbing. Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico*, Milano, 2009, 151. Nei medesimi termini, i concetto è stato definito dalla giurisprudenza di merito (*ex multis* Trib. civ. sez. lav., Forlì, 15 marzo 2001, Trib. civ. sez. lav., Venezia, 15 gennaio 2003 e Trib. civ. sez. lav., Como, 22 maggio 2001), richiamando quel fenomeno noto all'etologia in base al quale il gruppo esautorava ed allontanava uno dei membri. La prima teorizzazione è in H. LEYMANN, *Atiologie und Haufigkeit von Mobbing am Arbeisplatz. Eine Ubersicht uber die*

Più compiuta è la definizione data assai di recente dalla giurisprudenza di legittimità[12], che ricostruisce il perimetro del *mobbing* sui quattro lati:

i. una serie di comportamenti di carattere persecutorio, anche leciti se considerati singolarmente, siano posti in essere contro la vittima in modo miratamente sistematico e prolungato nel tempo, direttamente da parte del datore di lavoro o di un suo preposto o da parte anche di altri dipendenti, sottoposti al potere direttivo dei primi;
ii. il nesso causale tra il complesso delle condotte ed il pregiudizio subito;
iii. un evento lesivo della salute, della personalità o della dignità del lavoratore;
iv. la sussistenza dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio, che ricomprenda tutti gli eventi lesivi.

Emerge, dunque, da questa definizione che, a differenza di quanto visto per le molestie o per le discriminazioni, le condotte che sul piano materiale integrano una fattispecie di *mobbing* ben possono porsi in essere per mezzo di pratiche aventi la peculiarità «di poter essere, se esaminate singolarmente, anche lecite o legittime o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia di acquisire comunque rilievo quali elementi della complessiva condotta»[13] finalizzata alla persecuzione lavorativa[14]. Non sono, infatti, infrequenti le ipotesi in cui *singula non nocet simul unita nocent*: tipici esempi sono le reiterate e plurime visite fiscali, sanzioni disciplinari, momentanee variazioni *in peius* dell'incarico lavorativo, negazioni di ferie o permessi eccetera. Importante è notare che non esiste *mobbing* nel momento in cui per questi atti vi sia una ragionevole spiegazione alternativa[15].

Il complesso di questi atti deve poi essere legato da un nesso causale al pregiudizio subito dal lavoratore. Si deve sottolineare che, sul piano pratico, la prova del nesso di causalità tra condotta e danno è assai difficile, perché il danno psicologico normalmente non deriva da una sola condotta chiaramente vessatoria, ma da un complesso di concause, di cui gli atti di carattere persecutorio, rappresentano una sola, per quanto importante, parte[16]. Nella sostanza, per aversi nesso causale, è

---

bisherige Forschung, in *Zeitschrift für Personalforschung*, 1993, 271 – 272; qui il mobbing è definito come «una comunicazione ostile, non etica, diretta in maniera sistematica da parte di uno o più individui generalmente contro un singolo individuo». Una prima definizione ufficiale di *mobbing* in ambiente di lavoro fu proposta in ambito psicologico tedesco nel 1993: «il *mobbing* consiste in una comunicazione conflittuale sul posto di lavoro tra colleghi o tra superiori e dipendenti nella quale la persona attaccata viene posta in una posizione di debolezza ed aggredita direttamente o indirettamente da una o più persone in modo sistematico, frequentemente e per un lungo periodo di tempo, con lo scopo e/o la conseguenza della sua estromissione dal mondo del lavoro. Questo processo viene percepito dalla vittima come una discriminazione», cfr. S. CARLUCCI, *Mobbing e organizzazioni di personalità. Aspetti clinici e dinamici*, Milano, 2009, 16.

[12] Cass., sez. lav., 20 febbraio 2017, n. 30606, con nota di G. MATTIELLO, *Mobbing configurabile con l'abusivo esercizio del potere disciplinare*, 19 febbraio 2018, in www.altalex.com.

[13] Corte cost., 10 dicembre 2003, n. 259, in www.cortecostituzionale.it.

[14] Da detto arresto giurisprudenziale si è mossa una ormai pacifica ed autorevole interpretazione dottrinale, secondo la quale sarebbe possibile, in un contesto di lavoro subordinato, attribuire rilievo lesivo ad una serie o ad un complesso di singoli atti leciti, valutati nella loro reciproca connessione, sono solo riconducendoli al *mobbing*, ma anche solo «applicando gli strumenti, ossia le norme, previste dall'ordinamento giuridico»; facendo, pertanto, riferimento alla categoria degli atti emulativi, alla esecuzione del contratto secondo buona fede ed al comportamento secondo correttezza. Cfr, in merito, G. PROIA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing,* in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2005, 827 e L. MONTUSCHI, *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, 566.

[15] Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2008, n.4738 in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] Sul piano civilistico, nonostante vari riferimenti codicistici (es. artt. 1218,1223, 1227, 2043 e 2050 cc), manca una definizione specifica di causalità. Dottrina e giurisprudenza concordano, pertanto, che è possibile fare riferimento alle disposizioni penalistiche in materia, particolarmente all'art. 41 c.p. Permane, comunque, una sostanziale differenza tra l'interpretazione penalistica di causalità e quella civilistica. La prima, infatti, tende a preferire la *causalità scientifica*, per la quale l'azione è causa d'evento quando, secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, l'evento è conseguenza certa o altamente probabile dell'azione (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 140, L.D.C.NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 111, V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, 111, *contra* v. la teoria sulla *causalità umana*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 136). In giurisprudenza penale prevale nettamente, dopo la sentenza "Franzese", la teoria scientifica della causalità (cfr. Cass. pen. sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 94).

Diverso è il discorso sul piano civile, ove la dottrina parla di *causalità adeguata*, per riconoscere in «un fatto la causa di un danno risarcibile quando, sulla base di una valutazione *ex ante,* e in un determinato momento storico, la lesione subita

necessario valutare l'idoneità della condotta persecutoria a provocare gli effetti lamentati, anche a distanza di tempo[17]. Sul piano pratico e probatorio[18] detto nesso causale sarà da accertarsi a mezzo di apposita perizia tecnica medico[19] legale[20], che definisca la lesione psichica ed il nesso causale tra azioni vessatorie e danni subiti[21], così escludendo concause naturali genetiche preesistenti all'evento lesivo e ferma restano la irrinunciabile ed esclusiva funzione decisoria del giudice[22].

Il pregiudizio subito dal lavoratore può essere di assai vario tipo: da un danno di natura psicologica e psichiatrica[23], fino ad un danno di natura fisica, ad es., un infarto al miocardio[24]. Il danno sofferto dal lavoratore, quindi può consistere in una lesione dell'integrità psicofisica in senso anatomo-funzionale, ma anche in una *deminutio* delle funzioni naturali inerenti l'ambiente di vita del lavoratore ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica[25].

---

risulti essere una conseguenza prevedibile (ed evitale) di quel fatto» (F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. II, Milano, 2011, 231, ma anche L. VIOLA, *La responsabilità civile ed il danno*, Macerata, 2015, 301, M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2017, 915 e ss. e L. BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, Milano, 2013). In giurisprudenza si veda Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in www.altalex.com.

Per un approfondimento in materia si vedano G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, Torino, 2013, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012 e G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Il corriere del merito*, 2008, VI, 694.

[17] Cass. civ., 20 dicembre 2017, n. 30606, con nota di G. MATTIELLO, *Mobbing* cit.

[18] Che l'onore della prova incomba sul soggetto (preteso) mobbizzato, si trova conferma, oltreché nella regola generale di cui all'art. 2697 c.c., in Cass., sez. lav.,5 febbraio 2000, n. 1307, in *Dir. prat. lav.,* 2000, 1761, per cui «al fine della risarcibilità del danno biologico – inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerato, grava sul lavoratore l'onere di provare sia la lesione all'integrità psicofisica, sia il nesso di causalità».

[19] La giurisprudenza di legittimità è ferma nel sostenere che sia «di intuitiva evidenza che soltanto la scienza medica è in grado di offrire al giudice la certezza che una determinata patologia non solo esista, ma sia altresì in rapporto col trauma patito. […] la consulenza tecnica […] può legittimamente costituire *ex se* fonte oggettiva di prova, qualora si risolva non soltanto in uno strumento di valutazione, ma altresì di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche», cfr. Cass. civ., sez. III, 25 gennaio 2002, n. 881, in *Dir. giur*., 2002, VI, 14.

[20] Deve stigmatizzarsi la minoritaria posizione giurisprudenziale di merito che ha riconosciuto e liquidato il danno psichico da *mobbing* come fatto notorio ai sensi dell'art. 155 c.p.c. Il Trib. Torino (16 novembre 1999 e 30 dicembre 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 102 con nota di PERA) ha ritenuto pienamente provato il nesso causale tra condotte persecutorie e danno sulla base di documenti clinici che provavano l'esistenza del danno e di testimonianze acquisite in dibattimento. Vedendo, da un lato, provata la condotta e, dall'altro, provato il danno, il giudice si è spinto a ritenere provato (in assenza, però di una CTU [quindi più che di prova si parla di presunzione]) anche il nesso che legava danno e condotta, sulla base di una mera contestualità temporale e della considerazione che tra i due eventi il nesso eziologico sarebbe evidente per un «criterio di normalità sociale», completamente tralasciando la multifattorialità del danno psicologico in generale e del *mobbing* in particolare. Trattasi, per altro, di una interpretazione che tradisce il senso del comma secondo dell'art. 115 c.p.c. il quale, in quanto limite alla regola di distribuzione dell'onere della prova (*ex* art. 2697 c.c.), deve interpretarsi in maniera restrittiva trattandosi di fattispecie chiaramente estranea alla previsione di cui all'art. 2727 c.c. Dunque i fatti notori di cui all'art. 115 c.p.c. sono «fatti che il giudice conosce perché sono noti alla generalità delle persone […] come nozioni generali e comuni» (C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2015, II, 127). Nel procedimento *de quo*, nonostante sia provato un danno ed una serie di comportamenti vessatori, pare potersi escludere che una persona di media cultura (parametro di riferimento del fatto notorio) possa da uno all'altro inferire l'esistenza di un nesso eziologico integrante il *mobbing*. Anche perché la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il fatto notorio è «un fatto acquisito con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile» (Cass. civ., 19 novembre 2014, n. 24599), *ictu oculi* estraneo all'accertamento eziologico del danno clinico.

[21] Interessante è la posizione assunta da M. MISCIONE, *Mobbing, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 305: «proprio per distinguere con certezza il *mobbing*, i giudici hanno capito che c'era bisogno di un rigoroso riscontro medico e sociologico, per evitare i rischi di una genericità più o meno alla moda. Con uno slogan: senza un certificato medico non c'è *mobbing*.»

[22] E. PASQUINELLI, *Il mobbing*, in *Persona e danno*, Milano, 2004, 4335. Sul punto la dottrina ritiene che il giudice «qualora la vittima abbia indicato con precisione tutti gli argomenti di valutazione della fattispecie di *mobbing*, nel momento in cui deve decidere se riconoscere o meno la sussistenza del danno psichico, non può non accogliere la domanda di ammissione di una consulenza tecnica e considerare nello stesso tempo non accertati quegli eventi lesivi ed il nesso di causalità che solamente la consulenza tecnica avrebbe potuto provare».

[23] Cass., sez. lav., 5 novembre 1999, n. 12339, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 205, con nota di LIGUORI.

[24] Cass., sez. lav., 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Foro it.*, 2000, I, 1554 con nota di DE ANGELIS.

[25] Cass. civ., sez III, 25 agosto 1996, n. 4661 in *Foro it.*, 1996, I, 3107. Trattasi, pertanto, di fonte di malattia professionale.

A lungo si è discusso circa la riconducibilità del fenomeno del *mobbing* all'interno di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale: si è oscillato, nelle prime analisi dottrinali, tra un inquadramento nel danno ingiusto (artt. 2043 o 2059 c.c.) ed un inadempimento (2087 c.c.)[26]. L'orientamento ormai dominante in dottrina e giurisprudenza[27] ascrive il *mobbing* verticale ad una responsabilità di natura contrattuale[28]. Questo nella considerazione che il *mobbing* nasce indefettibilmente all'interno di un rapporto di lavoro[29], dunque trattasi di responsabilità *ex contractu*, benché vista in maniera atipica dalla più recente giurisprudenza, con specifico riferimento all'elemento soggettivo.

In ordine all'elemento soggettivo del mobbing non si registra una unanimità di vedute. La dottrina è divisa nel richiedere la sussistenza del dolo. Una parte, infatti, aderisce alla concezione oggettiva e ritiene sufficiente l'oggettiva idoneità degli atti a realizzare la persecuzione psicologica del lavoratore, prescindendo dall'intenzione del soggetto agente[30]. Questo nella considerazione del fatto che il *mobbing* rientra tra le molestie (*rectius* tra le molestie morali) e che queste, come detto, sono integrate, e quindi vietate, quando hanno «lo scopo o l'effetto» di arrecare un pregiudizio: la presenza della disgiuntiva «o» implica l'esistenza della molestia anche indipendentemente dalla sussistenza dello *scopo*, da cui la conclusione che «il riferimento all'effetto sembra mettere fuori gioco la possibilità di far penetrare nella fattispecie il dolo»[31]. Questa interpretazione, secondo alcuni[32], ha trovato accoglimento nella giurisprudenza[33] costituzionale, che, in merito, ha parlato di «condotta complessiva caratterizzata nel suo insieme dall'effetto e talvolta dallo scopo di persecuzione ed emarginazione». Ma non solo. Una parte della giurisprudenza di legittimità[34] si esprime in termini di «condotta […] che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione all'integrità fisica e della personalità morale», con chiaro riferimento oggettivistico[35].

Alla tesi oggettiva si contrappone quella che ritiene necessario il dolo[36]. Nella concezione soggettiva, dunque, elemento indefettibile è, oltre all'oggettiva idoneità lesiva, anche l'*animus*, quale «elemento di coesione funzionale della polimorfia fenomenologica degli atti perturbanti»[37]. Così considerando il *mobbing*, questo rientra nel novero degli illeciti di dolo, ovvero una categoria di illeciti caratterizzata dal fatto che l'elemento psicologico assume rilevanza non tanto e solo quale criterio di imputazione della responsabilità, quanto quale criterio di misura del danno ingiusto[38].

---

[26] M. BONA, P.G. MONATERI, U. OLIVA, *La responsabilità civile nel mobbing*, Milano, 2002, 34. Una dottrina, sul punto, ha addirittura appuntato: «è facile rendersi conto che la probabilità di dimostrare il *mobbing* e, quindi, il danno che esso ha prodotto, sono veramente scarse, soprattutto se a ciò si aggiungono le serie difficoltà che il lavoratore incontra nel precostituirsi delle prove efficaci e nel contare su testimoni affidabili», cfr. M. CAVALLINI e D. CANTISANI, *Considerazioni tecnico-giuridiche in tema di danno da mobbing*, in H. EGE, *La valutazione del danno da mobbing,* Milano, 2002, 155.

[27] *Contra* solo alcune isolate pronunce di merito, cfr. Trib, di Forlì, sez. lav., 15 marzo 2001, in C.E.D. Cass. n. 103261.

[28] P. LAMBERTUCCI, *Diritto del lavoro*, Milano, 2010, 764.

[29] Cass., sez lav., 25 maggio 2006, n. 12445.

[30] R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 503.

[31] DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore,* Atti del convegno nazionale A.I.D.La.S.S. tenutosi a Napoli il 31 marzo – 1 aprile 2006, Milano, 2007, 51. Altri ritengono necessaria l'interpretazione oggettiva, poiché, altrimenti si «rischia di restringere eccessivamente l'ambito di operatività del *mobbing* e, in definitiva, l'ambito della tutela accordabile» necessitando di una «difficoltosa» verifica delle intenzioni dell'agente, cfr. M. GENTILE, *Il mobbing. Problemi e casi pratici nel lavoro pubblico,* Milano, 2009, 73).

[32] Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano 2004, 194.

[33] Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Foro it.,* 2004, I, 1692.

[34] Cass., sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4775 in *Giust. civ.,* 2006, 2038.

[35] A margine, si evidenzia che questa interpretazione è condivisa anche da alcune corti di merito, che, facendo riferimento all'art. 2087 c.c., deduce «che può essere sufficiente anche la sola colpa» ed arriva a sostenere una responsabilità oggettiva, argomentando che «il datore di lavoro risponde anche per il comportamento dei propri dipendenti che compiano *mobbing* a carico di colleghi», cfr. Trib. Bari, 4 novembre 2004, in *Giurisprudenza locale*, Bari, 2004, 3445.

[36] M. V. BALLESTRERO e G. DE SIMONE, *Diritto* cit, 298.

[37] A. VISCOMI, Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti, in Lav. dir., 2002, I, 49.

[38] M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, I, 373. L'A. qui propone una interessante analisi di un illecito che, *mutatis mutandis*, potrebbe accostarsi, nell'analisi teleologica dell'elemento psicologico, al *mobbing:* la seduzione con promessa di matrimonio. Anche in questa ipotesi, infatti, la condotta ben può porsi in essere a mezzo di una pluralità di atti di per sé permessi, colorati da illegittimità dalla direzione finalistica dolosa. In tema di incidenza dell'intensità del dolo sui

All'interno della corrente oggettivistica, coesistono due visioni del dolo di *mobbing*. Un indirizzo delinea il dolo genericamente, dunque in termini di *animus nocendi*, così esigendo la semplice volontà di danneggiare il lavoratore. Su questo piano si è posta parte della giurisprudenza, per che riconduce al *mobbing* «ogni ipotesi di pratiche vessatorie, poste in essere per danneggiare in modo sistematico un lavoratore»[39]. Larga parte della giurisprudenza di merito, però, ritiene che il dolo caratterizzante il *mobbing* debba connotarsi per una particolare direzione, dunque per un obiettivo che il *mobber* si pone, oltre alla generica intenzionalità offensiva: «è l'intento di estromettere il lavoratore dall'ambiente di lavoro o quanto meno di emarginarlo, isolarlo. Si potrebbe parlare di *animus expellendi* o quanto meno *segregandi*»[40].

Questa concezione appare più aderente a considerazioni di giustizia sostanziale: considerando, infatti, che il *mobbing*, sul piano materiale ben può essere costituito da una pluralità di atti leciti, ciò che colora di illiceità il loro insieme è il fatto che questi atti siano diretti a recare nocumento o molestia. Si pensi ad una pluralità di ripetute visite fiscali nel caso di dipendente assai spesso malato, che ben possono avere lo scopo di verificarne la diligenza. Il nucleo di disvalore delle azioni mobbizzanti, quindi, è da ricercarsi (e punirsi) nell'orientamento teleologico dei singoli atti leciti, diretto, appunto, a realizzare uno scopo molesto e nocivo, dunque al di fuori d'ogni protezione dell'ordinamento, che anzi deve reprimere non gli atti in sé considerati, ma il complessivo intento persecutorio di chi pone in essere atti perturbanti[41].

Infine, con specifico riferimento al riparto dell'onere probatorio, nell'assenza nel nostro ordinamento di una disciplina primaria inerente il *mobbing*, in generale ci si deve riferire al disposto di cui all'art. 2697 c.c., dunque sul lavoratore, attore in giudizio, grava l'onere della prova.

Si è, giustamente, notato che il percorso probatorio per il soggetto mobbizzato è assai faticoso da affrontare[42]. La (pretesa) vittima si trova a dover dimostrare una vicenda protratta nel tempo, sviluppatasi in una serie di atti, magari formalmente legittimi, variegati e unificati dal solo elemento psicologico (v. *supra*), nello sforzo di far comprendere al giudice il contesto ambientale e relazione in cui si è sviluppata una situazione anormale che ha condotto ad un pregiudizio[43]. Ciò che pare evidente è che, nel settore militare, risulta assai complesso riuscire a fornire un quadro probatorio univoco in ipotesi di *mobbing*, se è vero, come sostiene la giurisprudenza, che in questo contesto si rinviene un clima di «fisiologiche conflittualità tra subordinati e superiori gerarchici, particolarmente esasperati in un ambiente, quale quello militare, in cui il principio della superiorità gerarchica permea profondamente la disciplina del rapporto di servizio»[44]

Come riconosciuto da una prima giurisprudenza di legittimità, l'onere probatorio gravante sul lavoratore è imponente ed inevitabile sul lato storico della vicenda, restando mitigato dal fatto che, trattandosi di responsabilità contrattuale, non è necessario provare il dolo e la colpa[45]. Il problema nasce dal fatto che, come s'è visto, il dolo è uno degli elementi integrativi della fattispecie di *mobbing*, dunque non si può prescindere dalla sua dimostrazione in giudizio. Di questo ha preso atto la

---

profili risarcitori cfr. N. LIPARI e P. RESCIGNO, *Diritto civile*, IV, *III – La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 113 – 115.

[39] Cass., sez. un., 4 maggio 2004, n. 8438 in *Foro it.*, 2004, I, 1962. A questa pronuncia si aggiungano quelle di merito del tribunale di Trieste, che parla di comportamento «dolosamente diretto a svilire, nuocere o ledere la dignità personale e professionale di un dipendente» (10 dicembre 2003, in *Lav. giur.*, 2005, 1183) e del tribunale di Modena che argomenta: «da un punto di vista oggettivo e finalistico non pare bastevole la consapevolezza della illegittimità […], ma pare occorrere uno specifico "*animus nocendi*" diretto alla lesione della personalità del prestatore» (4 aprile 2007, in *Guida dir.*, 2007, 30, 48).

[40] N. SAPONE, *I danni nel rapporto di lavoro*, Milano, 2009, 187.

[41] Si segnala che parte, autorevole ma minoritaria, della dottrina (N. SAPONE, *I danni* cit., 190) ritiene che possano trovare cittadinanza sia l'impostazione oggettiva che quella soggettiva. A tale esito si giunge nella considerazione che la Corte cost., nella cit. sent. 359/2003, parlando di *scopo* e *talvolta di effetto*, «suggerisce che si possono enucleare ipotesi ("*talvolta*") in cui si pone come necessario lo *scopo* persecutorio, differenziandole da alcune in cui è sufficiente l'*effetto* di persecuzione ed emarginazione».

[42] P.G. MONATERI, *Accertare* cit., 43.

[43] A questo si aggiunga che, in sede di escussione testimoniale, spesso parte dei testimoni sono concorrenti nell'azione del *mobber* o, se questo è un superiore, possono essere timorosi di rivalse.

[44] T.A.R. per la Lombardia, 2 febbraio 2018, n. 310 in www.giustizia-amministrativa.it.

[45] Cass., sez. lav., 8 gennaio 2008, n. 143, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 764.

giurisprudenza successiva[46], che, aderendo alla tesi soggettivistica, ha ritenuto il dolo elemento imprescindibile del *mobbing*. È, però, possibile coniugare[47] l'inquadramento nella responsabilità contrattuale e la necessità di provare l'elemento psicologico se si considera che «il lavoratore dovrà fornire la prova non tanto del dolo o della colpa con riferimento ai singoli atti, ma dovrà al contrario provare l'intento persecutorio, quel disegno vessatorio posto in essere a suo danno dal *mobber*»[48]. In effetti qualora il *mobbing* sia posto in essere con comportamenti illeciti, ad es. minacce, ingiurie, maltrattamenti, il disvalore della condotta è evidente; tuttavia quando il complesso vessatorio veda solo la presenza di atti formalmente leciti sarà il solo intento persecutorio, come evidenziato, a colorare il tutto di illiceità[49].

2. Il *mobbing* in ambito militare e i profili di responsabilità

Alcuni[50] vedono una prima ed evidente ipotesi di *mobbing* in ambito militare in quello che il linguaggio comune chiama *nonnismo*[51], fenomeno legato, a dire il vero, più al servizio di leva che all'organizzazione militare nel suo complesso. Tuttavia, come evidenziato da altra dottrina[52], ad una più attenta analisi si colgono le differenze intercorrenti tra *mobbing* e nonnismo. Queste esistono innanzitutto su un piano finalistico: la violenza e la minaccia sono, nel nonnismo, impiegate per punire quanti vogliano sottrarsi alle regole del nonnismo stesso, cosa che nel *mobbing* non avviene. Dunque il dolo specifico del nonnismo non è di escludere la vittima, quanto quello di subordinarne il comportamento a determinate regole di convivenza non previste e (spesso) contrastanti con i regolamenti. D'altra parte, il nonnismo non punta ad estromettere la vittima dall'unità, «ma a piegarne la volontà a regole e dinamiche che, altrimenti, sarebbe restio ad accettare»[53], diversamente dal *mobbing* che ha la sua ragion d'essere nell'intento espulsivo. Ancora, il nonnismo è perpetrato da militari più anziani o più alti in grado delle vittime, mentre il *mobbing*, almeno in senso orizzontale, vede l'azione dei colleghi.

Escluso il nonnismo, non si può, però, arrivare a sostenere che il *mobbing*, in ambito militare, non possa configurarsi[54].

Vari sono gli esempi tratti dalla realtà viva dei reparti. È considerabile *mobbing* un insieme di comportamenti aventi lo scopo e l'effetto di escludere e marginalizzare il militare da ogni contesto relazionale e di servizio, atti culminati con un persistente ed ingiustificato continuo rifiuto, da parte dei superiori di accordare i colloqui gerarchici che la vittima aveva richiesto. Detti rifiuti (concretizzatisi in inviti a riscrivere l'istanza), nonostante formalmente legittimi, perché conseguenti a piccoli errori, anche solo morfo-sintattici, dell'istante, si inserivano in un quadro vessatorio preordinato a costringere la vittima a richiedere il proscioglimento.

Ancora, rientra nella fattispecie di *mobbing* un complesso di mortificazioni subite da un carabiniere, materialmente realizzate a mezzo di una pluralità di sanzioni disciplinari pretestuose, tutte poi annullate in autotutela o a seguito di ricorso, mancati pagamento di rimborsi per le missioni, trasferimenti continui in sedi estremamente distanti e disagiate, negazioni di accesso agli atti, tutte

[46] Cass., sez lav., 23 maggio 2013, n. 12725 in www.cortedicassazione.it.
[47] *Contra* G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, Padova, 2011, 138.
[48] F. DE STEFANI, *Danno da mobbing*, Milano, 2012, 30. Si noti che sul punto la giurisprudenza di legittimità, ormai non può recente, che ha aperto alla necessità di riconoscimento del dolo parlava della indefettibilità della verifica «della connotazione univocamente emulativa della condotta», Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 856.
[49] Ciò trova conferma in T.A.R. per il Molise, 19 gennaio 2016, n. 23 in www.giustizia-amministrativa.it.
[50] R. STAIANO, *Dequalificazione professionale e mobbing. Profili applicativi*, Macerata, 2006, 69.
[51] Per un approfondimento di natura psicologica si veda M. COSTA, *Psicologia militare*, Milano, 2006, 180. Il nonnismo, ovvero quell'insieme di pratiche consistenti in umiliazioni e vessazioni fisico-psicologhe dirette a piegare la volontà della vittima al rispetto di gerarchie e regole del gruppo estranee ai regolamenti di servizio, è, di per sé solo, fonte di responsabilità *ex* art. 2043 c.c., per cui rispondono in concorso gli autori ed il Ministero della difesa, cfr. Cass. civ., 26 febbraio 2013, n. 4809, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, I, 189.
[52] T. GRECO, *Le violenze* cit., 37.
[53] T. GRECO, *Le violenze* cit., 38.
[54] *Ex multis*, C. MOVILLI, *Mobbing: un fenomeno possibile anche nelle Forze Armate*, in *Informazioni della Difesa*, 3/2007, p. 38 ss.

censurate in sede di ricorso alla Commissione per l'Accesso, e immotivate ed improvvise declinazioni della valutazione caratteristica, pur in presenza di varie operazioni di polizia condotte a termine con ottimi risultati[55].

Rientra nel *mobbing* una condotta complessiva da parte dei superiori di un sottufficiale della Guardia di Finanza che, a seguito di fatti di natura sentimentale, avrebbero diretto la propria azione dolosa al fine di escludere detto sottufficiale dall'unità, sottoponendolo a una serie di pretestuose sanzioni disciplinari, poi annullate, e di un provvedimento di trasferimento[56].

Mobbizzante è una condotta che isoli fisicamente il militare in un ufficio decentrato, privato dei mezzi per svolgere ogni lavoro, lo renda bersaglio di richiami disciplinari per comportamenti futili e normalmente tollerati in altri casi, il rifiuto di renderlo partecipe di adunate e la derisione pubblica.

Si inquadra nel *mobbing* la condotta di un comandante di unità che demansioni un dipendente, lo sovraccarichi di lavoro e, nonostante la bontà dei risultati conseguiti, ne declini la valutazione caratteristica al fine di indurlo a porre termine alla ferma volontariamente contratta. Medesima sussunzione per il caso di militare della Guardia di Finanza, che, a seguito di cambio di comandante, sia improvvisamente privato del nulla osta di segretezza, demansionato, insistentemente fatto rientrare ad interrompere le ferie, denigrato nella notazione caratteristica (poi annullata dal giudice) e, infine, privato degli strumenti di accesso all'ufficio, così come di ogni altro strumento di lavoro[57]

Mobbizzante è anche la condotta di colleghi e superiori, finalizzata a portare alle dimissioni di un militare, il cui familiare sia stato condannato per un reato. Così come vessatorio è il complesso di condotte con cui un dipendente è stato demansionato, privato di incarichi propri del grado, sanzionato sulla base di un falso presupposto, negato del diritto di accesso, trasferito senza alcuna giustificazione e privato di riconoscimenti basati sulla sola anzianità[58]

Non si ravvisa, invece, una fattispecie di *mobbing* nel caso di un trasferimento del militare per incompatibilità ambientale, posto che i provvedimenti di rimpiego «appaiono, in realtà, una normale prassi organizzativa in ragione delle mutevoli esigenze delle forze armate». D'altra parte, il trasferimento per incompatibilità ambientale, se non inserito in un dimostrato contesto vessatorio, rappresenta uno strumento ragionevole e proporzionale azionabile dall'Amministrazione per rimuovere detta incompatibilità[59]. Né paiono sufficienti ad integrare condotte di *mobbing* l'inflizione di un provvedimento disciplinare ed il successivo trasferimento d'autorità, orientato al perseguimento del fine organizzativo dell'ottimale utilizzazione delle risorse umane[60]. Non può considerarsi, inoltre, come *mobbing* una declinazione della notazione caratteristica[61], conseguente a plurimi provvedimenti disciplinari mai impugnati, dunque presunti legittimi[62]. Né può dirsi mobbizzante la condotta del comandante che vieti ad un inferiore in grado portare il proprio computer personale in ufficio, nonostante altri militari potessero liberamente fruire della connessione internet, su pc non personali, per comunicare senza limiti con i propri amici e parenti o comunque per navigare in rete e scaricare applicazioni, giochi, immagini[63]. Non può, infine, qualificarsi, di per sé sola, come mobbizzante la scelta di un comandante di non inviare in missione un suo dipendente, anche per periodi prolungati[64].

---

[55] T.A.R. per il Molise, 19 gennaio 2016, n. 23, in www.giustizia-amministrativa.it.
[56] T.A.R. per la Sicilia, sez. Catania, 28 luglio 2005, n. 1252, in www.giustizia-amministrativa.it.
[57] T.A.R per il Veneto, 10 settembre 2018, n. 883, in www.giustizia-amministrativa.it.
[58] T.A.R per la Liguria, 6 giugno 2017, n. 502, in www.giustizia-amministrativa.it.
[59] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 623, in www.giustizia-amministrativa.it.
[60] T.A.R. per l'Umbria, 10 gennaio 2012, n. 201, in www.giustizia-amministrativa.it.
[61] Scrive il g.a. che «i giudizi formulati dai superiori gerarchici con le schede valutative e con i rapporti informativi sono connotati, all'evidenza, da un'altissima discrezionalità tecnica, proprio perché efferenti alle capacità ed alle attitudini proprie della vita militare del sottoposto, così come percepite e riconosciute dal superiore, secondo un giudizio che attiene direttamente al merito dell'azione amministrativa», T.A.R. per il Lazio, 18 luglio 2018, n. 8103 in www.giustizia-amministrativa.it.
[62] T.A.R. per la Calabria, 28 febbraio 2017, n. 173 in www.giustizia-amministrativa.it.
[63] T.A.R. per l'Emilia Romagna, 3 aprile 2018, n. 284, in www.giustizia-amministrativa.it.
[64] Restando non rilevante ai fini del *mobbing* la percezione soggettiva del militare «che non ha gradito di essere assegnato a compiti non immediatamente operativi ma che costituiscono la normalità per ufficiali che non provengono dalla frequentazione dei corsi normali presso l'Accademia», T.A.R. per l'Emilia Romagna, 7 febbraio 2018, n. 131, in www.giustizia-amministrativa.it.

In campo militare, non si deve sottovalutare l'ipotesi che un clima lavorativo caratterizzato da rapporti umani non amichevoli, seppur corretti, derivi da responsabilità della pretesa vittima, la quale percepisce come ostile una situazione che, invece, i suoi colleghi trovano normale[65].

Sul piano della responsabilità in ambito militare, la questione del *mobbing* è degna di approfondimento, per i profili che contraddistinguono questo settore rispetto a quello civile.

Tra i doveri dei superiori ci sono quelli di «rispettare nei rapporti con gli inferiori la pari dignità di tutti» e di «curare le condizioni di vita e di benessere del personale»[66]. È possibile coordinare questa disposizione con l'opinione, ormai consolidata in dottrina e giurisprudenza, secondo cui il *mobbing* «è riconducibile ad una violazione dell'obbligo di sicurezza e di protezione dei dipendenti previsto dall'art. 2087 c.c. in capo al datore di lavoro»[67]. L'art. 2087 c.c., infatti, non si limita a fissare il divieto, per la parte datoriale, di realizzare strategie vessatorie, ma gli impone di assumere tutte le misure che si rendano necessarie per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore[68]. Si è, in dottrina, sottolineato che l'obbligo negativo di porre in essere direttamente, o tramite preposti, comportamenti lesivi dell'integrità dei dipendenti risponde ad una logica promozionale e cooperativa strettamente connessa ad un obbligo negativo-difensivo, che rappresenta la *ratio legis* dell'art. 2087 c.c.[69]

Il datore di lavoro è certamente responsabile quando sia egli stesso a porre in essere atti lesivi e anche quando dia l'ordine di commetterne[70], ma risponde anche nel momento in cui il *mobbing* sia perpetrato dai subordinati a danno di uno di loro ed il comandante stesso non provi di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del pregiudizio[71]. In capo alla parte datoriale, insomma, si riconosce ormai pacificamente la responsabilità vicaria[72], anche in caso di comportamento doloso del dipendente, quando il datore di lavoro ometta di contrastare fattispecie mobbizzanti, che si realizzano «con scontri e comportamenti evidenti, facilmente individuabili e quindi contrastabili»[73]. La responsabilità del datore di lavoro è considerabile espressione di un criterio di allocazione dei rischi, per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico della struttura lavorativa, come componente dei costi di questa[74].

---

[65] T.A.R. per la Liguria, 11 dicembre 2012, n. 1629, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «tale cautela di giudizio si impone in particolare laddove l'ambiente di lavoro presenti delle peculiarità, come nel caso delle Amministrazioni militari o gerarchicamente organizzate (come i Corpi di Polizia), caratterizzate per definizione da una severa disciplina e nelle quali non tutti i rapporti possono essere amichevoli, non tutte le aspirazioni possono essere esaudite, non tutti i compiti possono essere piacevoli e non tutte le carenze possono essere tollerate: infatti, in questa situazione un approccio condizionato dalla rappresentazione soggettiva (se non strumentale) fornita dall'interessato può essere quanto mai fuorviante». Ancora «nell'esaminare i casi di preteso mobbing, il giudice deve evitare di assumere acriticamente l'angolo visuale prospettato dal lavoratore che asserisce di esserne vittima: da un lato, infatti, è possibile che i comportamenti del datore di lavoro, pur se oggettivamente sgraditi, non siano tali da provocare significative sofferenze e disagi, se non in personalità dotate di una sensibilità esasperata o addirittura patologica; dall'altro, è possibile che gli atti del datore di lavoro (pur sgraditi) siano di per sé ragionevoli e giustificati in quanto indotti da comportamenti reprensibili dello stesso interessato, ovvero da sue carenze sul piano lavorativo, o da difficoltà caratteriali, etc..» (T.A.R. per Umbria, 24 settembre 2010 n. 469, in www.giustizia-amministrativa.it).

[66] Art. 725, c. 2 *sub a)* ed *e)* del d.P.R. 90/2010.

[67] Trib. Milano, 30 settembre 2006, n. 2949, in *Giustizia a Milano 2006*, 10, 66. Cfr. anche Cass., sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4774 in *Giust. civ.*, 2006, 2040, Cass., sez. lav., 25 maggio 2006, n. 12445, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 68 e Cass., sez. lav., 23 marzo 2005, n. 6326 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

[68] Tra queste misure si può ricordare l'istituzione di servizi telefonici gratuiti di consulenza e segnalazione di abuso, che garantiscono l'anonimato del segnalatore.

[69] DEL PUNTA, *Diritti* cit., 49.

[70] Ed in questo caso gli esecutori rispondono in concorso certamente nel caso in cui detti atti siano di per sé illeciti, rispondono solo se spinti da *animus nocendi* se gli atti posti in essere siano formalmente corretti.

[71] Cass., sez. lav., 29 gennaio 2013, n. 2038 in *Le banche dati de Il Foro it.* e Cass., sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3786 in in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 849.

[72] Ovvero di una forma di responsabilità obiettiva, indipendente cioè dalla cola del soggetto responsabile, cfr. Cass. civ., 29 agosto 2015, n. 1900.

[73] F. BILOTTA e P. ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna, 2009, 463.

[74] Cass. civ., 17 maggio 2001, n. 6756, in *Giur. it.* 2002, 101 con nota di CAVANNA.

Ciò comporta che in ambito militare abbiamo due tipi di responsabilità per *mobbing*: una datoriale, cioè del comandante di corpo[75], ed una del diretto superiore della vittima del *mobbing*, quando quello sia diverso dal comandante di corpo. Entrambe queste figure, come detto, rispondono di *mobbing* verticale se lo pongono in essere e rispondono, in via vicaria, di *mobbing* orizzontale, ma solo se hanno conoscenza o conoscibilità delle vessazioni da altri poste in essere[76]. Non si tratta, si badi, di una responsabilità di natura oggettiva: il comandante risponde delle vessazioni dei dipendenti nei casi di dolo ma anche nei casi di *culpa in eligendo* o in *vigilando*[77], cioè quando non ha correttamente vigilato e quando, pur sapendo, non ha agito ovvero ha agito con strumenti inadeguati. In questo caso entrambi vanno incontro ad una responsabilità di natura disciplinare che può condurre sino alla consegna di rigore[78]. In punto di elemento psicologico è importante sottolineare che questo conduce alla responsabilità disciplinare quando sia integrata almeno la colpa, anche lieve, mentre porta alla responsabilità per danno erariale (v. *infra*) quando raggiunge almeno il livello di colpa grave. Occorre premettere che in campo professionale[79], quindi anche militare, la colpa assume il carattere dell'errore determinato da «ignoranza di cognizioni tecniche o da inesperienza professionale»[80]. Il discrimine tra colpa grave e lieve è, ormai, unanimemente riconosciuto nel grado di perizia richiesto per l'esecuzione dell'attività[81]: qualora il soggetto agente affronti con diligenza un problema di speciale difficoltà e sbagli compiendo una azione particolarmente complessa la colpa sarà live e, come si vedrà, non porterà all'applicazione della responsabilità erariale, ma sola disciplinare. Se, tuttavia, il medesimo errore sia compiuto nello svolgimento di un problema di difficoltà ordinaria oppure, prescindendo dalla difficoltà del problema, vi sia una violazione grossolana dell'obbligo di diligenza, prudenza e perizia che il caso concreto avrebbe richiesto di osservare, la colpa sarà considerata grave[82]. Dunque incorrerà in colpa grave il comandante che, nonostante una richiesta di conferimento per segnalare pratiche lesive, dilazioni senza ragione il colloquio, oppure il comandante che, venuto a sapere che un suo dipendente è sistematicamente estromesso dal contesto relazionale, non si assicuri circa le condizioni del soggetto escluso. Sul grado della colpa incide, inoltre, la preparazione e l'esperienza militare del singolo soggetto agente: maggiori sono questi, maggiore è la capacità di discernimento che il comandante deve avere circa le figure sintomatiche di *mobbing*, dunque maggiore è la diligenza che gli si richiede[83].

Le considerazioni suesposte inerenti la responsabilità dei comandanti non esimono certamente da responsabilità i parigrado della vittima. È, infatti, fatto obbligo[84] a tutti i militari di un reparto di

[75] Che è considerato datore di lavoro ai sensi dell'art. 246 del d.P.R. 90/2010.

[76] La Cassazione sostiene che «se il datore era a conoscenza o doveva ragionevolmente sapere delle molestie e non è intervenuto per far cessare tali condotte, egli non possa andare esente da responsabilità, da cui deriva il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per il lavoratore, data la natura costituzionale dei beni lesi», cfr. Cass., sez. lav., 25 luglio 2013, n. 18093, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 254. D'altra parte non può imputarsi alcuna responsabilità al comandante per il *mobbing* «se egli nulla sa, pur usando la maggiore diligenza», Trib. Como, 22 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 73. In dottrina cfr. PEDRAZZOLI, *I pregiudizi alla persona fra rapporto di lavoro e mercato del lavoro,* in *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 236.

[77] Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5329, in *Juris data* 2008/1 e Trib. Verona, 6 gennaio 2001, in *Diritto e Formazione,* 2002, 651.

[78] Per il disposto dell'art. 751, c. 1, *sub a)*, n. 18 del d.P.R. 90/2010.

[79] Non penale.

[80] Cass. civ, 15 aprile 1982, n. 2274, in *Giust. civ.,* 1983, I, p. 573,

[81] Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.,* 1979, I, 1, c. 614

[82] Cfr. *ex multis*, Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, in *Nuova giur. civ.,* 1991, I, p. 734, Cass., 15 aprile 1982, n. 2274, in Mass. Foro it., 1982, 332 e Cass., 21 luglio 1989, n. 3476, n. 3476, *ivi*, 1989, 128 – 134.

[83] In questo senso Cass. civ., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Mass. Foro it*., 1982, 1123. Si noti che la dottrina ha sottolineato che «La progressiva riduzione dell'ambito di operatività della colpa grave, nella responsabilità per l'esercizio di attività professionali, comporta l'innalzamento del grado di perizia richiesto nell'espletamento della professione. Si afferma, seppure indirettamente, che sono aumentati i mezzi di divulgazione dei risultati scientifici e più in generale della casistica, sicché è a carico del professionista l'obbligo di aggiornarsi. Ciò significa che lo standard valutativo del comportamento del professionista è in costante innalzamento, con la conseguenza che, di errori rispetto ai quali in passato questi rispondeva solo per dolo o colpa grave, oggi egli risponde secondo le regole comuni», M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2017, 24.

[84] In conseguenza dell'applicabilità al *mobbing* orizzontale del disposto degli artt. 1218 e/o 2049 c.c. A fronte di un ondivago orientamento giurisprudenziale, in dottrina è ormai unanime ricondurre detta fattispecie all'art. 2049 c.c.

esprimere vicendevolmente «sentimenti di solidarietà» ed unità[85] e, nei confronti di quanti dovessero rendersi colpevoli di «comportamenti, apprezzamenti e giudizi gravemente lesivi della dignità personale di altro militare»[86] sono passibili di consegna di rigore. Interessante è notare che, in questo caso, è opinione gran lunga prevalente della dottrina[87] e della giurisprudenza[88], che il collega della vittima incorra in responsabilità aquiliana[89], posto che tra i due manca un rapporto contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di *onus probandi* e prescrizione.

Una volta che sia stato riconosciuto, in capo al militare vittima di *mobbing*, il diritto al risarcimento del danno, in primo luogo risponde patrimonialmente il Ministero della difesa[90]. Ciò implica che, con la propria azione, il militare *mobber* ha comportato una diminuzione del patrimonio della propria amministrazione, dunque incorre in responsabilità amministrativo-contabile[91].

Il risarcimento danni che l'amministrazione militare ha riconosciuto alla vittima del *mobbing*, infatti è il risultato di una condotta illecita posta in essere da uno o più dipendenti pubblici[92], condotta che ha cagionato un danno erariale indiretto[93]. Nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che impone il risarcimento, l'amministrazione militare dovrà recuperare, con prescrizione quinquennale, l'importo, provvedendo alla denuncia alla Corte dei conti dell'autore dell'illecito. Si aprirà, dunque, un secondo ed autonomo procedimento, detto giustcontabile, in cui il giudice della rivalsa del credito vantato dall'amministrazione nei confronti del dipendente autore della condotta illecita è, appunto ai sensi delle leggi 19 e 20 del 1994, la Corte dei conti. Il procedimento giustcontabile è finalizzato a verificare la venuta in essere delle componenti strutturali del danno erariale, cioè il rapporto di impiego con la amministrazione, la condotta, i nesso causale e l'elemento psicologico di dolo o colpa grave. Già questo può bastare a sostenere che sia quasi scontato che, ove nel caso un procedimento giudiziale riconosca il *mobbing*, il militare nei confronti del quale sia esercitata l'azione di rivalsa contabile sarà soccombente nel giudizio contabile: il danno, infatti, è evidente, perché è la somma di denaro che l'amministrazione ha pagato in risarcimento; altrettanto evidente è il rapporto di impiego pubblico del militare. Con riferimento al nesso causale tra condotta ed evento ed all'elemento psicologico, se da un lato è vero che il procedimento giudiziario precedente e quello contabile sono autonomi, dunque la sentenza precedente emessa tra la P.A. e il danneggiato non ha efficacia vincolante nel giudizio contabile, è altrettanto vero che i fatti e le considerazioni in essa riportati saranno elementi di giudizio valutati dal giudice contabile. Sul piano pratico, quindi, la strategia di difesa migliore nel procedimento giuscontabile sarà incentrata sulla dimostrazione che il soggetto a agito sì con colpa, ma questa non raggiunge la gravità tale (v. *supra*) da integrare l'elemento psicologico richiesto per il riconoscimento della responsabilità per danno erariale.

Infine, come ricordato, non esistono nel nostro ordinamento specifiche disposizioni inerenti il *mobbing*, dunque, stante lo stretto principio di legalità che permea il diritto penale, ad oggi non esiste

---

[85] Art. 719 del d.P.R. 90/2010.

[86] Art. 751, c. 1, *sub a)*, n. 18 del d.P.R. 90/2010

[87] U. OLIVA, *L'avvocato e i problemi giuridici del mobbing*, in *Lav. giur.*, 2003, 333, SORRENTINO, *La responsabilità civile del datore di lavoro per danni da mobbing*, in RLC, 2006, XII, 1030 e D.P. TRIOLO, *La responsabilità extracontrattuale*, Frosinone, 2018, 222.

[88] Cfr. Trib. Trieste, 10 dicembre 2003, in *Lav. giur.,* 2005, 1183, Trib. Como, 22 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 73, Trib. Ivrea, 4 dicembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, IX, 2274 e Trib. Agrigento, 1 febbraio 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, X, 31.

[89] *Contra* G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcimento del danno*, Padova, 2011, 138, che vede un concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nella considerazione che mancherebbe il carattere di terzietà del danneggiato.

[90] Ovviamente per i danni derivanti da responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma anche nel caso di responsabilità extracontrattuale. In questo caso, infatti, vi è solidarietà passiva tra dipendente e amministrazione, ai sensi degli artt. 28 Cost. e 22 ss. del d.P.R. 3/1957. Naturalmente l'attore preferirà rivolgere la propria domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione, che si presume più solvibile rispetto al dipendente.

[91] Ai sensi del rimando operato dall'art. 23 del d.P.R. 3/1957 alle *leggi*, quindi alla l. 20/1994.

[92] Si noti che in caso di concorso è ormai pacifico il riconoscimento un *beneficium excussionis*, che consente l'aggredibilità sussidiaria del soggetto agente con colpa grave solo dopo l'infruttuosa escussione di chi abbia agito con dolo, cfr. Corte cost. 30 dicembre 1998, n. 453, in *Giust. civ.*, 1999, I, 647 e C. conti, sez. riun., 25 febbraio 1997, n. 29/A, in *Riv. C. conti*, 1997, IV, 101.

[93] Perché ordinato da un giudice.

il reato di *mobbing*, né comune né proprio o militare[94]. Ovviamente, se i singoli comportamenti per mezzo dei quali è globalmente posta in essere la condotta persecutoria integrano un reato, sia esso comune o militare, il soggetto agente ne risponderà, se il caso aggravato per il grado rivestito, o per la commissione in presenza di altri militari[95], ferma restando, in caso di plurime violazioni, la pena prevista per il reato continuato.

Riassumendo, il militare che commetta azioni di *mobbing* è responsabile disciplinarmente, contabilmente e, solo se in quel contesto commetta reati, anche penalmente.

3. Il riparto di giurisdizione dell'azione risarcitoria

Non si pongono particolari problemi di riparto nel caso di azione risarcitoria proposta da un impiegato civile della difesa. Questi, parte di un rapporto contrattuale pubblico privatizzato, dovrà rivolgersi al giudice ordinario, per il disposto dell'art. 63, c. 1 del d.lgs. 165/2001[96].

Diverso è il caso in cui l'attore sia un militare, perché questi è un dipendente pubblico non privatizzato.

Come s'è visto più sopra il *mobbing* può comportare una responsabilità tanto contrattuale quanto extracontrattuale. Questa distinzione ha effetti anche sulla competenza del giudice chiamato a decidere sulla domanda[97].

È, infatti, ormai pacifico che nel caso in cui si agisca lamentando uno specifico inadempimento dell'amministrazione militare ci si trova innanzi ad una responsabilità da contratto; se l'attore ritiene che il contesto vessatorio, ad es., si sia sviluppato in senso verticale, la responsabilità sarà dell'amministrazione datrice di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 c.c., ed essendo inquadrata in un rapporto contrattuale, sarà sottoposta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[98]. Resta nell'alveo della giurisdizione amministrativa anche il mobbing derivante da atti di gestione del rapporto di lavoro, quindi ordini, trasferimenti, destinazioni ad incarichi, demansionamento eccetera. Sono i casi, ad es., in cui «il danno consegua a comportamenti che l'Amministrazione datrice di lavoro ponga in essere nell'esercizio del potere di supremazia gerarchica verso il lavoratore subordinato, impartendogli ordini, disposizioni e direttive ovvero assegnandolo o distogliendolo dal compimento di attività e funzioni nell'ambito della propria struttura organizzativa»[99].

Medesima competenza vi è «ove il rapporto di lavoro non ha costituito la mera occasione per la condotta vessatoria ed ostile di colleghi o superiori gerarchici, ma ha visto anche la configurazione di una *culpa in vigilando* da parte dell'amministrazione, che, consapevole di tale condotta, nulla ha posto in essere perché cessasse il lamentato atteggiamento di ostilità»[100].

---

[94] L'unica fattispecie di *mobbing* (indirettamente) punita penalmente è l'ipotesi in cui detta condotta sia posta in essere nel contesto di una impresa familiare, poiché in questo caso è possibile applicare l'art. 572 c.p. Scrive la Cassazione che «le pratiche persecutorie finalizzate all'emarginazione del lavoratore possono integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia quando il rapporto tra il datore di lavoro e il dipendente assuma natura para-familiare, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia. Non occorre, pertanto, che ricorrano le condizioni formali di sussistenza dell'impresa familiare di cui all'art. 230 bis c.c.» (Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44589).

[95] Art. 47 c.p.m.p.

[96] La Cassazione ha, in merito, indicato che il momento di determinazione della giurisdizione si ha nel momento in cui la fattispecie di *mobbing* è perfezionata e dunque, trattandosi di un illecito a carattere permanente, detto momento è la cessazione della permanenza, Cass., sez. un., 4 maggio 2004, n. 8438, in *Foro it.,* 2004, I, 1962.

[97] Come ha più volte chiarito la giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2002, n. 7470 e 27 febbraio 2002, n. 2882. Più di recente la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, ha ribadito che «la soluzione della questione del riparto della giurisdizione, rispetto ad una domanda di risarcimento danni per la lesione della propria integrità psico-fisica proposta da un pubblico dipendente nei confronti dell'Amministrazione, è strettamente subordinata all'accertamento della natura giuridica dell'azione di responsabilità in concreto proposta», Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2008, n. 5785, in www.diritto.it.

[98] Art. 133, c. 1, *sub i)* c.p.a. e art. 3, c. 1 del d.lgs. 165/2001. Cfr., *ex multis*, T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, 26 maggio 2011, n. 260 in www.giustizia-amministrativa.it.

[99] Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2012, n. 3584 in www.giustizia-amministrativa.it.

[100] T.A.R. per l'Abruzzo, sez. I, 23 marzo 2007, n. 339, in www.giustizia-amministrativa.it.

Diverso è il caso in cui le condotte di *mobbing* siano poste in essere in senso orizzontale, o comunque in maniera estranea rispetto agli atti di gestione del rapporto di lavoro. Ebbene in questo caso vi è una lesione di natura extracontrattuale, dunque la competenza è del giudice ordinario, perché il rapporto di lavoro rappresenta un mero presupposto estrinseco ed occasionale dell'azione lesiva.

Come felicemente riassunto: «si propende per l'azione extracontrattuale, e si ritiene pertanto la giurisdizione ordinaria, nel caso in cui si deducano comportamenti vessatori dei superiori gerarchici o dei colleghi di lavoro del dipendente interessato; si propende, invece, per l'azione contrattuale, e si ritiene la giurisdizione amministrativa ove si deduca un contesto di specifiche inadempienze agli obblighi del datore di lavoro, intese in senso ampio, contesto comprensivo, ad esempio, di comportamenti omissivi, contraddittori o dilatori dell'amministrazione ovvero di atti posti in essere in violazione di norme, sulle quali non sussistano incertezze interpretative»[101]. In caso di cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la giurisdizione amministrativa attrae le azioni di risarcimento del danno proposte dal militare.

[101] T.A.R. per il Lazio, sez. II, 2 marzo 2015, 3421, in www.giustizia-amministrativa.it.